Die Aussonderung von Treugut im Konkurs

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

Ewald Katzmann

Gerichts-Referendar aus Elberfeld

Marburg 1928

Buchdruckerei E. G. Seeger, Stuttgart, Paulinenstrasse 50

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen
am 7. Mai 1928.

Berichterstatter: Professor Dr. Edmund Mezger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0079

Gliederung.

I. Abschnitt:
Begriff und Wesen des Treuhandgeschäftes.

§ 1 Die Problemstellung.
§ 2 Allgemeine Darstellung des Treuhandgeschäftes.
§ 3 Die geschichtlichen Wurzeln der modernen Treuhand.
§ 4 Das Wesen des Treuhandgeschäftes.
I. Abgrenzung vom Schein- und Umgehungsgeschäft.
II. Abgrenzung der Rechtsverhältnisse.

II. Abschnitt:
Die Behandlung von Treugut im Konkurs.

§ 5 Allgemeine Beantwortung der Aussonderungsfrage.
§ 6 Die Fälle der Sicherungsübereignung.
§ 7 Die Behandlung von Liegenschaftsrechten.
§ 8 Forderungen.
I. Die Behandlung von gewöhnlichen Forderungen.
II. Die Behandlung von Wechseln.
§ 9 Die Regelung bei Surrogaten.
§ 10 Behandlung von Ueberschüssen.

III. Abschnitt:
Ausblick auf die Entwicklung des Treuhandgeschäftes.

Literaturverzeichnis.

1. Ackermann, Sicherungsübereignung von Warenlagern. 1919.
2. Archiv für Bürgerliches Recht (Arch.Br.R.).
3. Archiv für die Civilistische Praxis (Arch.Z.Pr.).
4. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München u. Leipzig, 1883.
5. Bächt, in dog. Jahrb. 61/276 ff.
6. Bernstein, Allgem. Deutsche und Oesterr. Wechselordnung, 1907.
7. Berolzheimer, Die fiduciarische Zession (Erlanger Dissertation), 1908.
8. Biermann, Bürgerl. Recht I, 1908.
   Auch in ZZPr. 44/529.
9. Bonnet, Sicherungsübereignung insbesondere an Warenlagern (Tübinger Dissertation), 1912.
10. Brütt, Die abstrakte Forderung nach Deutschem Reichsrecht, 1908.
11. Canstein von, Lehrbuch des Wechselrechts, 1890.
12. Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach German. Recht und dem BGB., 1903.
13. Cohn, Das fiduciarische Rechtsgeschäft (Berl. Dissertation), 1905.
14. Cosack, Handelsrecht 10.—11. Auflage, 1926.
15. „ Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1922, 1924.
16. Crome, System des Deutschen bürgerl. Rechts, 5. Auflage, 1912.
17. Dernburg, Bürgerl. Recht, 3. Auflage, 1904/05.
18. Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
19. Dungs, in Gruch. 32.
20. Eccius, in Gruch. 46/691.
21. Eck-Leonhard, Vorträge über das BGB. I, 1904.
22. Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 21.—23. Auflage, 1923.
23. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1923.
24. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
25. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes (ROHG.).
26. Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, 1912.
27. Fischer, Sicherungsübereignungen, 1908.
28. Fitting, Lehrbuch des Konkursrechtes, 3. Auflage, 1904.
29. Goldschmidt, In Z. f. Hr. 39/433.
30. Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft, Marburg, 1901.
31. Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch).
32. Grünschild, Die Treuhänderschaft, 1914.

33. Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechtes, 1907.
34. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses I., 1909.
35. „ Gläubigernot, in Zeitschrift für Recht und Wirtschaft, 1910.
36. Heymann, Trustee und Trustee Compagny, 1910.
37. Holz, In Gruch 50/330.
38. Hoeninger, Diskontierung von Buchforderungen, 1912.
39. „ Sicherungsübereignungen, 1912.
40. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Auflage, 1916.
41. „ Konkursrecht in Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch-Kaskel, 1924.
42. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Jhering (Jher. Jahrb.).
43. Juristische Wochenschrift (JW.).
44. Karlowa, Römische Rechtsgeschiche, 2, Band, 1. Teil, 1901.
45. Kohler, Leitfaden des Konkursrechtes, 1903.
46. „ Lehrbuch des Konkursrechtes, 1903, 2. Auflage.
47. Kriegsmann, Rechtsgrund der Eigentumsübertragung, 1905.
48. Krükmann, In dogm. Jahrb. 56/308 folg.
49. Lang von, In Arch.Z.Pr. 23/336.
50. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.).
51. Leist, Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen, 1889.
52. Luetgebrune, Sicherungsübereignung, 1906.
53. Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung, 1926.
54. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.
55. „ Die Fiducia, 1890.
56. „ Kommentar zum BGB., 1908/10.
57. Oppenheimer, Die fiduciarische Eigentumsübertragung (Dissertation), 1903.
58. Petersen-Kleinfeller, Deutsches Konkursrecht, 4. Auflage, 1900.
59. Planck, Kommentar zum BGB., 4. Auflage Sachenrecht 1925, Allgem. Teil 1913.
60. Salinger, Sicherungsübereignung, in Verhandlungen auf dem 31. Deutschen Juristentag, Band 1.
61. Sarwey-Bossert von, Die Deutsche Konkursordnung, 1901.
62. Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, (OLG.).
63. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
64. „ Blätter für Rechtsanwendung.
65. „ Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
66. Seidel, Zur Lehre der Sicherungsübereignung (Leipziger Dissert.), 1916.
67. Schloßmann, Die Stellvertretung, 1902.
68. Schollmayer, In Hölders Kommentar zum BGB., 1900.
69. Schöninger, Leistungsgeschäfte, 1906.
70. Schöny, In Arch.Br.R. 35.
71. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921.

72. Schultze, in Jher. Jahrb. 42.
73. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1898.
74. Staub-Koenige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12.—13. Aufl., 1926.
75. Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 11. Auflage, 1926.
76. Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Auflage, 1925.
77. Stauffacher, Aussonderung fiduciarisch übertragener Werte (Leipziger Dissertation), 1909.
78. Stern, Sicherungsübereignung von Warenlagern (Marburger Dissert.), 1913.
79. Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit, 1911.
80. Thur von, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 1914.
81. Walther, Sicherungsübereignung insb. an Warenlagern (Leipziger Dissertation), 1917.
82. Warneyer, Kommentar zum BGB., 1927.
83. Weidemann, in Bankarchiv, 5. Jahrgang.
84. Weinberger, in Hirth's Annalen des deutschen Rechts, 1902.
85. Wilutzky, in DJZ. 6. S. 20 ff.
86. Wulff, Das Vollindossament zu Inkassozwecken.
87. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß (ZZPr.).

I. Abschnitt:

Begriff und Wesen des Treuhandgeschäfts.

§ 1.

Die Problemstellung.

Das Treuhandgeschäft ist infolge seiner Eigenart schon des öfteren Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen gewesen, auch hat man die Frage nach der Behandlung des Treuguts im Konkurs wegen ihrer praktischen Bedeutung weitgehend geklärt. Trotzdem gehört auch heute noch dieses Rechtsgebiet zu den umstrittensten Erscheinungen unseres Rechtslebens, wodurch eine erneute Darstellung der Streitfragen von Wert ist. Zum andern ist die Wissenschaft infolge des Streitens über Grundfragen bisher nur sehr wenig auf die Unterschiede innerhalb der Treuhandgeschäfte eingegangen. Diese bisher etwas stiefmütterlich behandelten Rechtsfragen eingehend zu untersuchen, soll die Hauptaufgabe der vorliegenden Abhandlung bilden.

Das Treuhänderinstitut kann auf eine lange Entwicklung zurückblicken. Den Aegyptern und Griechen bereits bekannt, bildete es im strengen römischen Rechtsformalismus oft das einzige Mittel, um gewisse sonst unmögliche Geschäfte abschließen zu können. Der Germane mit seiner Vorliebe für Freiheit und Vertrauen hatte das Treuhandgeschäft besonders kräftig auf seine Art entwickelt, indessen verschwand die germanische Form durch die Rezeption des römischen Rechts nahezu völlig. Während die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches unter romanistischem Einfluß die offene Benennung und Einreihung in die Vertragstypen des BGB. noch scheuten, wurde es im modernen Rechtsverkehr wieder ein unentbehrlicher Bestandteil, und heute tritt es uns im engl.-amerik. Recht — und dadurch auch im deutschen — als Ausdruck der aufs Höchste gesteigerten Kapitalwirtschaft, im sogenannten Trust, entgegen. Aber es bleibt (mit einer gewissen Einschränkung) das Wort Salinger's[1]) in Geltung: „Das Treuhandgeschäft ist

[1]) Gutachten über die Sicherungsübereignung auf dem 31. Deutschen Juristentag. Bd. 1. S. 409

ein Kind des Verkehrs, aber ein illegitimes, denn es kann sich nicht auf die Vaterschaft des Gesetzes berufen".

Noch eine Bemerkung: Bezüglich des Gebrauchs der verschiedenen Benennungen des Treuhandgeschäftes werde ich frei verfahren, sowohl Regelsberger's „fiduciarisches Rechtsgeschäft" wie auch die moderne deutsche Bezeichnung „Treuhandgeschäfte" sollen stets dasselbe bezeichnen.

§ 2.

Allgemeine Darstellung des Treuhandgeschäftes.

Zwei kurze Beispiele sollen uns die Eigenart des Treuhandgeschäftes verdeutlichen:

1. A will sein Pferd verkaufen. Da er vom Pferdehandel nichts versteht, schlägt er folgenden Weg ein. Er überträgt dem Händler B das Eigentum an dem Pferd und übergibt es ihm. Beide kommen überein, daß B das Pferd bestmöglich veräußern und dem A den Erlös aushändigen soll.

Ein bloßer Auftrag ohne die Eigentumsübertragung hätte eigentlich genügt und dem A im Falle von Unredlichkeit des B besseren Schutz geboten.

2. A schuldet dem B 1000 RM., B wünscht eine Sicherheit. A hat ein schönes Eßzimmer, überträgt dem B das Eigentum hieran; beide vereinbaren, daß A im Besitze des Zimmers verbleiben und B bei Bezahlung der Schuld dem A das Eigentum rückübertragen soll.

Hier entsprach den Zwecken der Parteien am besten eine Pfandbestellung. Das BGB. schreibt aber für deren Gültigkeit vor, daß der Pfandschuldner das Pfand im Besitz haben müsse. Das widerspricht aber den Bedürfnissen des A, der das Zimmer gerne weiterbenutzen möchte. Auch hier wird die Gefahr, daß B das übereignete Zimmer ohne weiteres rechtsgültig veräußern kann, in Kauf genommen.

Eine allgemeine Definition für die Treuhandgeschäfte zu geben, ist angesichts der Fülle der Spielarten fast unmöglich. Immerhin kann man sagen, daß bei ihnen wirtschaftlicher Zweck und juristische Form auseinanderklaffen — ja auseinanderklaffen müssen, um den immer notwendigen Kompromiß zwischen den verschiedenen Interessenten und der Allgemeinheit auf eine erträgliche Basis zu bringen. Jaeger (Leitfaden S. 71) sagt deshalb: „In der Treuhandverfügung vereinbaren

die Vertragsgenossen bewußt eine über den angestrebten wirtschaftlichen Zweck hinauswirkende Rechtsübertragung". Oder Enneccerus (Lehrbuch I, 1 S. 374): „Treuhandgeschäft ist eine Rechtsübertragung zu einem (wirtschaftlichen) Zweck, der diese Rechtsübertragung nicht fordert", wobei man auch wieder „wirtschaftlich" ergänzen muß, juristisch ist die gewählte Form nötig.

Das BGB. enthält, wie schon gesagt, nichts über das Treuhandgeschäft, nur im Abschnitt über die Verjährung wird in § 223 II der Fall der Sicherungsübereignung erwähnt. Sehr gut gesetzgeberisch ausgebaut ist dagegen das Treuhänderinstitut im englisch-amerikanischen Recht, teilweise im französischen. Seine wirtschaftliche Hauptanwendung findet es in der Sicherungsübereignung, dem Inkassogeschäfte und im Trust. Die modernen Treuhandgesellschaften teilen mit ihm fast nur den wohlklingenden Namen.

Halten wir also vor allem fest: Die Inkongruenz von Mittel und Zweck ist das Kennzeichnende des fiduciarischen Rechtsgeschäftes. Wichtig ist, daß bei den Abmachungen der Parteien die ernstliche Uebertragung des Eigentums gewollt ist. Wie die sonstigen Abmachungen im Einzelnen auch formuliert sein mögen, ist für die Rechtsgültigkeit nebensächlich. Ackermann[2]) sagt hierzu ganz richtig: „Das Recht hat nicht die Aufgabe, die Vertragsschließenden zu schulmeistern und sie für ungenaue oder falsche Ausdrucksweise zu strafen".

Es kann demnach folgende Definition aufgestellt werden:

Ein Treuhandgeschäft liegt vor, wenn die Parteien zur Erreichung wirtschaftlicher Zwecke eine Eigentumsübertragung auf Zeit vereinbaren, mit der obligatorischen Verpflichtung für den Empfänger, das anvertraute Gut oder ein Surrogat nach Erfüllung des vereinbarten Zwecks rückzuübertragen.

§ 3.

Die geschichtlichen Wurzeln der modernen Treuhänderschaft.

Einige Worte zur geschichtlichen Entwicklung.

1. Römisches Recht.

Von der römischen fiducia vermögen wir uns an Hand der spärlichen Quellenstellen kaum noch ein klares Bild zu machen. Immerhin läßt sich folgendes darüber sagen:

[2]) a. a. O. Seite 9.

Die fiducia — Vertrauen (das man in den andern setzt) ein Bestandteil des jus civile — war kein selbständiger Rechtsakt oder individuelles Rechtsgeschäft wie z. B. der Kauf. Die rechtliche Bindung erfolgte stets an Formalakt (mancipatio oder in iure cessio, niemals traditio). Die fiducia zerfiel in einen dinglichen und einen obligatorischen Teil. Der dingliche bestand in der durch die mancipatio vollzogenen Uebertragung des Eigentums am Treugut auf den Fiduciar. Zu diesem Formalakt trat ein obligatorisches pactum fiduciæ, wodurch ausgedrückt wurde, daß das Eigentum dem Fiduciar nicht difintiv, sondern eben nur als Treuhänder übertragen sei. Vor allem aber wurde in diesem pactum der Fiduciar verpflichtet, das ihm anvertraute Gut nur nach Maßgabe der Verabredung zu verwerten. Dadurch wurde die fiducia über das Sachenrecht hinausgehoben und erhielt eine wesentlich obligatorische Bedeutung, was auch die Art der Klage — actio fiduciæ — beweist.

Im Vorherstehenden wurde die allgemeine Ansicht über die römische fiducia gebracht.[3]) Infolge der Spärlichkeit der Quellenstellen bestehen aber auch andere Lesarten. Oertmann[4]) z. B. behauptet an Hand des Unterschiedes zwischen rechtlichem Können und Dürfen, daß der Fiduciar nur die gewöhnliche Gläubigerstellung gehabt habe. Nicht wie ich handeln soll, sei entscheidend, sondern wie ich mit rechtlicher Wirkung kann. Da der Fiduciar das Eigentum am Treugut jederzeit rechtsgültig übertragen kann, stehe er jedem anderen Eigentümer gleich. Während Oertmann ein noch stärkeres Voll eigentum des Fiduciars annimmt, glauben andere Schriftsteller[5]) dem obligatorischen Rechte des Fiducianten eine gewisse Dinglichkeit geben zu können. In der Tat sprechen manche Quellenstellen für diese Ansicht[6]). Vielleicht hat aber nur die starke Betonung der obligatorischen Seite in diesen Quellen zu der fast dinglichen Lesart geführt[7]).

Auf diese verschiedenen Ansichten einzugehen, ist an dieser Stelle unnötig. Ein wirklich durchschlagender Beweis für die eine oder andere Lesart läßt sich an Hand des uns überkommenen Materials nicht führen. Hinzu kommt noch, daß die Römer schon mehrere Arten der fiducia (je nach dem damit beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg) unterschieden. Ueberdies hat Justinian die fiducia nicht in seine Kodifikation

[3]) Karolowa a. a. O. 2/565, Oertmann, die fiducia Seite 3 ff., Fischbach Seite 4/5.
[4]) Die fiducia Seite 163
[5]) Fischbach, Seite 11 ff., Rudorff Z.R.G. XI 61, Sohm, Institutionen Seite 30.
[6]) So auch Fischbach, Seite 11 12.
[7]) Vergl. auch Schultze, a. a. O. 43 Seite 6.

des jus civile aufgenommen, da sie im sechsten Jahrhundert kaum noch vorkam. Ihre Bedeutung im römischen Recht lag lediglich in ihrer entwicklungsgeschichtlichen Mission — sie allein ermöglichte in früheren Zeiten eine lebensvollere Gestaltung des bloßen Formalakts, weil durch das pactum fiduciæ persönliche Wünsche mit rechtlicher Wirkung ausgestattet werden konnten.

Trotzdem hat die fiducia nicht nur für den Rechtshistoriker Wert. Zwar ist der Versuch der sogenannten Nachrezeption (um die Mitte des 19. Jahrhunderts), die Entwicklung des fiduciarischen Rechtsgeschäftes ausschließlich in römischrechtliche Bahnen zu lenken, gescheitert. Da aber das BGB. den Eigentumsbegriff vorwiegend römischrechtlich gestaltet hat, haben namhafte Rechtslehrer die römische fiducia als Ausgangspunkt für die Würdigung des modernen Treuhandgeschäftes genommen und zwar in der hier wiedergegebenen Lesart. Aus diesem Grunde war ein näheres Eingehen notwendig.

2. Germanisches Recht.

Im germanischen Recht war der Treuhänder = Salmann von jeher sehr häufig. Wir finden seine erste Spur in der lex salica [8]), in der affatomie, jenem eigentümlichen erbrechtlichen Institut, das am ehesten wohl unserem Testamentsvollstrecker entspricht. Nach altem Volksrecht fiel das Vermögen eines Mannes, der ohne Hinterlassung erbberechtigter Verwandten starb, an den König. Wer dieses verhindern wollte, übertrug sein Vermögen oder nur den zuzuwendenden Teil auf einen sogenannten Salmann, der den Besitz des Gutes empfing. Gleichzeitig erklärte der Uebertragende, daß der Salmann innerhalb 12 Monaten, vom Tode des Uebertragenden (Erblasser) an gerechnet, das Empfangende an einen Dritten (den gewünschten Erben) weiter übertragen sollte.

Weiterhin spielt der Treuhänder in den Kapitularien bei Schenkungen an die Kirche eine Rolle. Der Grund für dieses häufige Vorkommen ist wahrscheinlich in der Vorliebe des Germanen für solche Vermittlungen, zum Teil aber auch in den schlechten Verkehrsverhältnissen (besonders bei Schenkungen an eine entfernte berühmte Kirche) zu suchen. Es werden aber auch wohl rechtliche Gründe, z. B. besserer Schutz gegen Anfechtung, dafür maßgebend gewesen sein.

[8]) Titel 46, de acfatmire vergl. auch R. Schmidt, die Affatomie der lex salica 1891.

Bei den Franken erhielt der Treuhänder ein resolutiv bedingtes Volleigentum, das der Zweckbestimmung bei der Uebertragung durchaus angepaßt war. Die auflösende Bedingung trat ein bei Untreue, Unmöglichkeit etc. und bewirkte Rückfall des Eigentums. Bei Mobilien war dieser Rückfall u. U. durch den guten Glauben des Dritterwerbers ausgeschlossen. Durch dieses bedingte Eigentumsverhältnis war naturgemäß eine stärkere Entwicklung der schuldrechtlichen Seite, wie im römischen Recht, nicht nötig. Bindende obligatorische Verträge waren den Germanen ohnehin nur als Real- oder Formalverträge bekannt. Daher wurden Treuhandgeschäfte durch Eid oder Handschlag geschlossen.

Der Unterschied zum römischen Recht ist offensichtlich. Dort wurde ein kaufender Dritter ohne weiteres Volleigentümer (in diesem Umstand ist auch die Ursache für die geringe Lebensdauer der fiducia zu suchen). Im deutschen Recht tritt durch den Verkauf die auflösende Bedingung in Wirksamkeit und gibt dem Geber das Eigentum zurück. Die germanische Treuhand hat aber noch andere Lesarten gefunden. Schultze[9]) gibt dem Treuhänder nur ein zweckbegrenztes, dingliches Recht am Treugut[10]), Beyerle a. a. O. S. 27, 156 ff. läßt den Treuhänder und Treugeber derart in einem Gesamthandverhältnis stehen, daß die Verfügungsbefugnis des einen an die des anderen gebunden ist. Die Ursache für diese verschiedenen Lesarten ist in der echt germanischen Mannigfaltigkeit des Eigentumsbegriffes zu suchen, aber auch im römischen Einfluss, der sich besonders im Süden (Norditalien, Konstanz — als Quellen [11]) bemerkbar machte. Für unsere Rechtsentwicklung ist die obengeschilderte fränkische Resolutivbedingung in der Treuhandverfügung das fruchtbarste. Das Sachenrecht des BGB. beruht zwar auf germanischen Gedanken, aber der Eigentumsbegriff ist römisch, daher stellt unsere moderne Treuhand ein Gemisch beider Rechte dar (a. A. Schultze a. a. O. S. 32), die Entwicklung wird aber m. E. deutschrechtlichen Bahnen folgen müssen.

§ 4.

Das Wesen des Treuhandgeschäftes.

1. Abgrenzung vom Schein- und Umgehungsgeschäft.

Treuhand und Scheingeschäft haben auf den ersten Blick hin eine starke Aehnlichkeit miteinander, die früher viele ver-

[9]) Langob. Treuhand S. 184, 198, 201, 211.
[10]) Anklänge auch für modernes Recht in RG, 33/818.
[11]) Vergl. Schultze a. a. O. S. 184 ff. und Beyerle a. a. O.

anlaßte, das Treuhandgeschäft als Scheingeschäft zu behandeln. Von dieser Richtung findet sich heute als letztes Ueberbleibsel die Eingliederung unseres Rechtsgebietes in Lehrbüchern und Kommentaren im Anschluß an den § 117 BGB. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien nur zum Schein abgegeben wurden. Solche Geschäfte sind nach § 117 BGB. nichtig. Z. B.: eine zum Schein vereinbarte Eigentumsübertragung hat keine rechtliche Wirkung, das Eigentum verbleibt beim bisherigen Eigentümer. Bei der Mehrzahl der Treuhandgeschäfte haben wir — auf den Enderfolg abgestellt — dieselbe Erscheinung; auch hier erhält der ursprüngliche Eigentümer das Eigentum wieder zurück.

Der Unterschied zwischen beiden Geschäften liegt vor allem in dem Verhältnis des Willens zur Erklärung. Während beim simulierten Geschäft [12]) bereits bei Abgabe der Erklärung eine Wirkung nicht gewollt ist, entsprechen beim fiduciarischen Rechtsgeschäft die abgegebenen Erklärungen dem Willen der Parteien. [13])

Sowohl die Eigentumsübertragung an den Treuhänder als auch die Rückübertragung an den Treugeber ist gewollt; das Treuhandgeschäft ist daher vollgültig. Die frühere gegenteilige Anschauung konnte nur entstehen bei ausschließlicher Würdigung des Enderfolgs. Man übersah die wirklich gewollte und auch einwandfrei vollzogene Eigentumsübertragung sowie den damit verbundenen schutzwürdigen Zweck, und stellte nur auf das Endergebnis ab. Mit derartigen Betrachtungen wird man aber dem Wesen von Rechtsvorgängen nicht gerecht. [14])

Ebenso hat man lange um die Frage gestritten, ob das Treuhandgeschäft als Geschäft gegen das Gesetz oder Umgehungsgeschäft unwirksam sei. Nach § 134 BGB. sind Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig. Verboten ist das Treuhandgeschäft als solches aber nicht. [15])

Von einem Umgehungsgeschäft spricht man, wenn die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg eines verbotenen Rechtsgeschäftes durch ein anderes, nicht ausdrücklich davon betroffenes,

---

[12]) Oertmann, BGB. zu § 117 II.

[13]) Dies allgemein anerkannt, vergl. RG. in. Gruch. 59/142, Recht 10 Nr. 1063, Fischbach a. a. O. S. 142, Oppenheimer a. a. O. S. 19, Regelsberger Arch.Z.Pr., 63/183, Stauffacher a. a. O. S. 12, Cohn a. a. O. S. 21, Berolzheimer a. a. O. S. 5, Leist a. a. O. S. 80, Planck, Komm. I § 117 N., Jaeger Komm. § 43/A.38. Im juristischen Erg. ebenso Goltz S. 31 ff., Hellwig Arch.Z.Pr. 64/376.

[14]) Vergl. auch Oppenheimer a. a. O. S. 20.

[15]) Besondere Ausführungen über diese Frage s. im Abschnitt über die Sicherungsübereignung, bei der von der Gegenseite die stärksten Argumente für ein Verbot der Sicherungsübereignung vorgebracht werden.

erreichen wollen. Nur durch diese Umgehung verliert das sonst gültige Geschäft seine rechtliche Wirkung. Der Umstand, daß ein außerhalb des Rechtsgeschäfts liegender Zweck verfolgt wird, genügt dazu nicht. Das Treuhandgeschäft hat aber keinen Umgehungszweck. Seine Grundlage ist das Bestreben der Parteien, eine möglichst starke Rechtswirkung gegen Dritte auf Kosten der Sicherheit des Treugebers zu erreichen. Es wird eine starke Rechtsform benutzt, um ihre Vorteile nutzbar zu machen; gegen Nachteile sichert der Treugeber sich durch zweckmäßige Auswahl des Kontrahenten. Der Unterschied zwischen verdecktem und fiduciarischem Rechtsgeschäft liegt daher nur im Zweck, der bei ersterem unerlaubt, bei letzterem erlaubt ist. [16])

2. Abgrenzung der Rechtsverhältnisse.

Das Treuhandgeschäft ist seiner Natur nach ein zusammengesetztes Geschäft. Es zerfällt in Verpflichtungsgeschäft und Leistungsgeschäft. Beide allein zu betrachten ist unmöglich, nur aus ihrer Kombination ergibt sich der wahre Parteiwille, das geschlossene juristische Bild.

Man spricht gerne von einem Grundgeschäft, Pfandvertrag, Auftrag etc. [17]), welches dem Treuhandgeschäft zu Grunde liege. Dies erscheint aber abwegig. Hier wird die sogenannte »Zwecksatzung« [18]), die immer rechtlichem Handeln zu Grunde liegt, von der Eigentumsübertragung wegen ihrer abstrakten Natur losgelöst. Damit kommt man der Eigenart des fiduciarischen Rechtsgeschäftes nicht näher. Wohl kann zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden, beide greifen wie Zahnräder ineinander — der gewünschte juristische Erfolg wird nur durch beiderseitiges Zusammenwirken erreichbar. Aber weder der Innenseite noch der Außenseite kann eine selbstständige juristische Bedeutung zuerkannt werden.

Ebenso ist Fischbach's Formulierung (a. a. O. S. 140), der Treuhänder habe ein gleichsam zweckbeschränktes Eigentum am Treugut, abzulehnen. Derartige Ausdrücke können leicht die Meinung hervorrufen, man vertrete eine ungesetzliche Einengung des Eigentumbegriffes — was Fischbach aber fernliegt. Dagegen besteht die Verteidigung einer causa fiduciae, die aber nur die Art des fraglichen Geschäftes charakterisiert, zurecht. [19]) Sonst

[16]) Vergl. Stauffacher a. a. O. S. 13.
[17]) v. Thur a. a. O. führt sogar alles darauf zurück.
[18]) Kriegsmann a. a. O. S. 73.
[19]) So auch RG. in Gruch 55/144.

verzichtet der Veräußerer auf weitere Einwirkungen auf die Sache, hier aber behält er sich eine solche Einwirkung vor.

Wir kommen damit zu den verschiedenen Theorien über das Treuhandgeschäft. Ein Eingehen auf diese ist notwendig, denn damit lernen wir gleichzeitig die inneren Grundlagen für die Stellung der einzelnen Autoren zum Problem der Aussonderung im Konkurs kennen. Andererseits ist auch die Beantwortung der Frage, wer Eigentümer des Treuguts ist, grundlegend für die richtige Stellung zum Generalthema.

Brütt a. a. O. S. 7, Fischbach a. a. O. S. 170 (vergl. auch Weinberger a. a. O. S. 403) geben folgende Gruppeneinteilung der Ansichten:

1. (römischrechtliche Gedanken). Der Treugeber verliert durch die Uebertragung das Eigentum am Treugut vollständig zu Gunsten des Treuhänders und ist nur obligatorisch geschützt. [20])

2. (germanischrechtliche Gedanken). Der Treugeber verbleibt Eigentümer des Treuguts, der Treuhänder erhält lediglich eine Vollmacht (im Gewande des Eigenrechts). [21])

3. (moderne Ansicht-Kompromiß). Eigentum am Treugut geht zwar auf den Treuhänder über, der Treugeber ist aber gegen Zugriffe der Gläubiger des Treuhänders geschützt. Eine Vermögensverschiebung ist nicht erfolgt. [22])

Dies sind nur Gruppen von Ansichten mit unter sich verschiedenartiger Begründung, eine rein historisch aufgebaute Gliederung. Angesichts der zahlreichen Kompromißlesarten erscheint dieses Verfahren zu schematisch, um einen rechten Ueberblick über das Ganze verschaffen zu können. Die Kernfrage nach dem Wesen der Treuhandverfügung richtet sich auf das Eigentumsrecht am Treugut, wem dieses zusteht. Sie berührt sich dabei mit der allgemeinen Streitfrage, wie weit unser heutiger Eigentumsbegriff die Verteilung des Eigentums auf mehrere gestattet. Weiterhin liegt darin die Frage verborgen, ob es Möglichkeiten gibt, andere stärkere Rechte dem Eigentumsrecht entgegenzusetzen.

---

[20]) (Uebersicht). So Regelsberger, Pandekten I/519, Seuffert a. a. O. § 16, Goltz a. a. O. S. 15, Hellwig Zivilprozeß I § 33 Nr. 13, Wienstein in Gruch 46/24, Dreyer in Gruch 40/458 und die bei Weinberger a. a. O. S. 417 ff. zitierten Aelteren: v. Lang, Leist, Haas, Schollmeyer, Goldschmidt, Werthauer, Wulff, Endemann.

[21]) Dungs in Gruch 32/8 ff., Schultze a. a. O. Dernburg a. a. O., Staub W. O. Art. 17/6 ff., Bernstein, Jakobi.

[22]) Jaeger Komm. § 43/38 ff., Dernburg BGB. I § 172 III, Eck a. a. O. S. 137, Enneccerus I, 1 § 139, Weinberger a. a. O. S. 424 ff., RG. in zahlreichen Entscheidungen, Brütt a. a. O. S. 4, Fitting a. a. O. § 43

Am besten wird daher zur Gewinnung einer übersichtlichen Einteilung von einer der beiden Vertragsparteien ausgegangen. Das Volleigentum am Treugut kann entweder dem Treugeber oder dem Treuhänder zugeteilt werden. Es bestehen sodann theoretisch vielerlei Möglichkeiten, wie man das Recht des Nichteigentümers bewertet; es läßt sich vom rein obligatorischen bis zum dinglichen durchsteigern. Da solche Möglichkeiten vertreten werden, lassen sich alle Ansichten in eine übersichtliche Skala einordnen, wodurch zugleich die inneren Zusammenhänge gewahrt bleiben.

Dieses Schema sei im Folgenden der Gliederung und Bewertung aller Ansichten zugrunde gelegt. Ausgegangen wird dabei vom Treugeber als Eigentümer, wobei die innere Gliederung der Ansichten nach dem Ansteigen der Bewertung des Rechts des Treuhänders vom obligatorischen bis zum dinglichen erfolgt. Sodann werden die Verteidiger des Treuhändereigentums behandelt. Die Reihenfolge dieser Gruppe wird aber umgekehrt — an Hand der Bewertung des Rechts des Treugebers vom dinglichen bis zum obligatorischen — gewonnen.

Die geläufigste Definition des Eigentums ist: Eigentum ist die volle sachenrechtliche Herrschaft über die Sache. Der moderne Rechtsstaat hat diese römischrechtliche Definition stark eingeschränkt. Ich möchte mir daher die Fischbach'sche Definition (a. a. O. S. 184) zu eigen machen, da sie besser den Umständen angepaßt ist: „Eigentum ist der Inbegriff aller im Rechtsstaate dem Individium gegenüber der Gesellschaft möglichen Verfügungen über einen bestimmten Gegenstand."

Wir betrachten nun zunächst die Gruppe derjenigen, welche das Eigentum am Treugut dem Treugeber zuteilen. Eine derartige Rechtslage hätte große Vorteile für den Geber. Er wäre weniger gefährdet, besonders beim Konkurs seines Vertragsgenossen ergäben sich keine Schwierigkeiten für ihn. Hier ist zuerst zu nennen Dernburg [23]). Dieser hält den Treuhänder nach innen für ein bloßen Bevollmächtigten, also nicht für den Eigentümer. Bernstein [24]) erklärt das Treuhandgeschäft für ein Scheingeschäft, bei welchem Konversion eintrete, es gelte das tatsächlich gewollte. Ein Eigentumsübergang sei aber nicht gewollt.

Beider Ansicht ist abzulehnen, da sie keineswegs dem Willen und den abgegebenen Erklärungen der Parteien, die dem

[23]) Dernburg-Biermann, Pandekten I § 100, Ziff. 3, BGB. II S. 330 § 5.
[24]) WO. 1898 Art. 17 § 3 S. 112 ff.

Juristen allein maßgebend sein müssen, entspricht. Wenn keine Eigentumsübertragung an den Treuhänder gewollt ist, dann ist das abgeschlossene Geschäft nach der im § 2 gegebenen Definition überhaupt kein Treuhandgeschäft. Da aber bei Treuhandgeschäften eine Eigentumsübertragung gewollt ist, muß dieser Parteiwille respektiert werden. Es geht nicht an, die abgegebenen Erklärungen und den dahinterstehenden Willen zu verleugnen und auf's Geratewohl zu konstruieren. Die Wissenschaft kann nur das Gegebene auf seine Rechtmäßigkeit hin prüfen.

In diese Gruppe gehören auch Staub-Stranz und Enneccerus, welche bei Inkassogeschäften eine besondere Konstruktion des fiduciarischen Rechtsgeschäfts vertreten. Beide Schriftsteller geben dem Treugeber das Eigentum an der Forderung (Wechsel), dem Treuhänder ein besonderes Recht, welches ihn für die beabsichtigten Handlungen voll befähigt. Auf diese Abarten der Treuhandgeschäfte soll im einschlägigen § 8 näher eingegangen werden. Vorweg sei schon bemerkt, daß derartige Abarten volle rechtliche Gültigkeit haben.

Damit sind aber die Möglichkeiten noch nicht erschöpft. Die bisher genannten Schriftsteller vertraten den oben gebrachten Eigentumsbegriff. Diesen kann man entweder für zerlegbar halten oder nicht. Das Hilfsmittel der Zerlegung wird, nachdem die gemeinrechtliche Teilung zwischen Ober- und Untereigentum von der Rechtswissenschaft verworfen wurde, heute — wenn auch in feinerer Form — bei der Beurteilung der Rechtslage von Treuhandgeschäften wieder herangezogen.

Hier ist zunächst zu nennen Wolff a. a. O. S. 293. Das Eigentum kann nach ihm mehreren derart zustehen, daß jeder als Volleigentümer erscheint, einer (bei uns der Treugeber) jedoch nur gegenüber einer gewissen Person (Treuhänder), der andere (Treuhänder) jedem Dritten gegenüber.

Eine andere Konstruktion wird vom Reichsgericht gegeben. [25]) Es zerlegt den Eigentumsbegriff in zwei Unterbegriffe, formelles und materielles Eigentum, und benutzt noch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

Ausgangspunkt für diese Unterscheidung ist die Eigenart des fiduciarischen Rechtsgeschäfts. Das Reichsgericht leugnet nicht, daß nach dem Willen der Parteien Eigentum übertragen wird, aber dieses Eigentum sei nur das formelle; es habe lediglich

---

[25]) Z. B. RG. 45/80, 46/167, 62/198, 84/218, 91/14; s. auch zitierte Entscheidungen aus § 5 Anm

den Zweck, den Treuhänder durch sein formelles Eigentum Dritten gegenüber zu Verfügungen über das Treugut zu legitimieren. Eine bloße Vollmacht genüge hierzu nicht, daher würde zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks die Eigentumsübertragung gewählt. Der materielle, wirtschaftliche Eigentümer sei dagegen der Treugeber. Er habe ursprünglich das volle Eigentumsrecht am Treugut besessen, und gemäß dem Willen der Parteien solle dieses nach Erreichung des mit dem Abschluß des Treuhandgeschäfts erstrebten Zweckes an ihn zurückfallen. Den wirtschaftlichen Nutzen habe also vor allem der Treugeber.

Nach Ansicht des Reichsgerichts ist das materielle Eigentum von den beiden Unterarten das wichtigere, schwerwiegendere. Dies ergebe sich schon aus der Vermögenslage. Da die Eigentumsübertragung nur als eine vorübergehende gedacht sei, bleibe das Treugut wirtschaftlich im Vermögen des Treugebers.

Nach RG. 45 83 kommt es bei Abwägen der Vermögenslage hauptsächlich darauf an, welche von den beiden Vertragsparteien *berechtigt* ist, über das Treugut zu verfügen. Diese Berechtigung stehe aber nur dem Treugeber zu, dem Treuhänder nur nach Maßgabe des Vertrages. Infolgedessen bezwecke die Eigentumsübertragung keinen Vermögenszuwachs für den Treuhänder, der Schwerpunkt liege demnach beim Treugeber — an seinem *Vermögen* werde durch das Treuhandgeschäft nichts geändert. Formell juristisch sei wohl der Treuhänder Eigentümer des Treuguts, materiell wirtschaftlich aber der Treugeber.

Das Reichsgericht sucht mit dieser Konstruktion vor allem eine Plattform zur Begründung eines Aussonderungsrechtes für den Treugeber im Konkurse des Treuhänders zu gewinnen. Hierauf soll erst im § 5 eingegangen werden. Das Ganze stellt eine gewisse Korrektur der Parteiwillenserklärungen dar, denn diese zielen doch auf die volle Eigentumsverschaffung für den Treuhänder ab. Der innere Grund dazu ist in der Rechtsfürsorge zu suchen. Wie später ausgeführt wird, ist es in der Tat sehr schwierig, ein Aussonderungsrecht des Treugebers zu begründen. Daher hilft das Reichsgericht sich mit einer Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen, ihre Wirkungen werden auf ein die Aussonderung nicht beeinträchtigendes Maß reduziert.

Als dritter dieser Gruppe ist zu nennen Skonietzky.[26]) Er geht aus von der Unteilbarkeit des römischen Rechtsbegriffes, die weggefallen sei. Daher sei heute ein Eigentum ohne Dispositionsrecht möglich. Ein solches spricht er dem Treugeber zu.

[26]) in Gruch 29 231 ff

Die Ansichten Wolff's, Skonietzky's und des Reichsgerichts sind auf starken und berechtigten Widerstand gestoßen. [27]) Zunächst wird ganz allgemein die mehr nationalökonomische Beweisführung angegriffen. Es gehe nicht an, zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse eine Spaltung des Eigentumsbegriffes vorzunehmen.

Hierzu ist folgendes zu bemerken. Ohne die scharfe Stellung von Eccius und Lilienthal [28]) einnehmen zu wollen, bin ich doch mit Kahn [29]) gegen eine Uebernahme mehrdeutiger Begriffe aus der Nationalökonomie. Der Jurist bedarf scharfer Begriffe, um richtig operieren zu können. Daher muß er es stets vermeiden, Begriffe anzuwenden und zu geben, welche deutungsfähig sind. Der hier angewendete Vermögensbegriff ist aber sehr umstritten und auslegungsfähig, zudem soll durch ihn der Eigentumsbegriff des BGB. abgeschwächt werden. Dies darf nicht zulässig sein.

Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß bei juristischen Entscheidungen wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht mitzusprechen hätten. Es ist indessen etwas anderes, ob man feststehende juristische Begriffe aus wirtschaftlichen Gründen zerlegt und abschwächt, oder wirtschaftliche Forderungen bei Abgabe von Entscheidungen berücksichtigt. Aus diesen Gründen muß die Eigentumsteilung sowie die Vermögensauffassung der genannten Schriftsteller abgelehnt werden, da sie gegen Grundsätze und grundlegende Begriffe der Jurisprudenz verstoßen.

Das Reichsgericht geht überdies bei seinen Erwägungen über die Vermögenslage von einem falschen Gesichtspunkt aus. Maßgebend kann für diese nicht sein, welche von den beiden Vertragsparteien berechtigt ist, über das Treugut zu verfügen. Hier spielt wieder der von Oertmann [30]) aufgestellte Unterschied zwischen rechtlichem Können und Dürfen hinein. Gewiß soll der Treuhänder nicht über das Treugut entgegen dem Vertragszweck verfügen, aber er kann es kraft seiner Stellung als Eigentümer, wobei es gleich bleibt, ob man ihm volles oder nur formelles Eigentum zuspricht. Dieses Können ist allein für die Vermögenslage wesentlich. Andererseits ist Schultze [31]) zuzustimmen, daß obige Unterscheidungen beim Eigentum und Vermögen zur

---

[27]) Staudinger III, 1 S. 287, VI, 4, auch I, Vorbem. V d zu § 164, Warneyer II § 903 I, Planck III S. 260, II, Endemann a. a. O. S. 521, Crome III S. 263 ff., Cosack BGB. II. 1 S. 168, Oppenheimer a. a. O. S. 23, Cohn a. a. O. S. 11, v. Thur § 2, V.

[28]) in Gruch 36/655 und in DJZ, 02/543.

[29]) DJZ. 03/125.

[30]) Vergl. § 3 dieser Arbeit Seite 5.

[31]) Jhr. Jhb. 43/22, 56.

Kennzeichnung der wirtschaftlichen Interessenlage wohl benutzbar sind; wichtige juristische Schlüsse dürfen aber daraus nicht gezogen werden.

Gewichtiger als diese allgemeinen Gründe sind die formaljuristischen, welche vor allem dem BGB. entnommen werden. Von Thur [32]): Ein geteiltes Eigentum (besser ist seine Bezeichnung» Duplizität des Subjekts«) kenne das BGB. nur in ausdrücklich festgelegten Fällen (so § 135, 2026 BGB.; § 22, 23, 392 HGB.). Eine Erweiterung sei nur durch Gesetz möglich, niemals durch Parteiwille (so auch die Motive). Lilienthal a. a. O. S. 543: Der Parteiwille sei überhaupt zum Märtyrer geworden, jeder knete ihn so lange, bis er seiner Ansicht gleiche. Ebenso fragt Wienstein [33]), woher der Parteiwille die Macht zur Umgestaltung des Eigentumsbegriffes nehme, wo sie ihm gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich gegeben sei. Auch Gierke (Entwurf des Deutschen Rechts S. 280) findet nur eine rechtshistorische Möglichkeit zur Vermehrung der dinglichen Rechte.

Den Bedenken dieser Schriftsteller ist bezüglich der Eigentumsspaltung beizupflichten. Unser Gesetz hat ausdrücklich den römischen Eigentumsbegriff, wenn auch gemäßigt, angenommen; der deutschrechtliche Begriff, auf dem Publizitätsprinzip begründet, durch Parteiwillen vielgestaltbar [34]), wurde nicht aufgenommen. Das BGB. kennt eine Mehrheit von Eigentümern nur in zwei Fällen, in der Gesamthandgemeinschaft und in dem Miteigentum nach Bruchteilen. Erstere ist nur in gesetzlich festgelegten Fällen möglich (wohl unbestritten), letzteres entspricht in unseren Fällen garnicht dem Parteiwillen; seine Anwendbarkeit wird auch von niemand behauptet. Eine gesetzliche Grundlage haben demnach die Konstruktionen Wolff's, Skonietzky's und des Reichsgerichts nicht. Wolff wird andererseits auch vom Reichsgericht in Bd. 45/82 ohne Gründe abgelehnt. Bliebe also nur noch die Möglichkeit einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der reichsgerichtlichen Eigentumslehre. Hierauf an dieser Stelle schon einzugehen erübrigt sich, da das Problem später bei der Aussonderung wieder auftaucht. Es sei nur vorausgeschickt, daß die Bildung eines Gewohnheitsrechts sowohl bezügl. der Eigentumsspaltung als auch ihrer Konsequenzen bestritten werden muß.

---

[32]) a. a. O. I § 2 V.
[33]) LZ 1908/1881.
[34]) Schultze a. a. O. S. 13.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß das Eigentumsrecht am Treugut dem Treugeber in irgend welcher Form nicht zugesprochen werden kann.

Damit kommen wir zu der Gruppe von Schriftstellern, welche dem Treuhänder das Eigentum zusprechen und dem Treugeber ein dingliches oder obligatorisches Recht am Treugut geben.

Hier sind an erster Stelle zu nennen die von germanischrechtlichen Gedanken beeinflußten Theorien, welche das Recht des Treugebers als ein dingliches ansehen. Der Hauptvertreter dieser Gruppe ist Schultze a. a. O. S. 21. Er hält die Zahl der dinglichen Rechte nicht für begrenzt, sondern für vermehrungsfähig, wenn auch gerade nicht durch Parteiwillen.

Schultze's Treuhandgeschäft knüpft an die fränkische Resolutivbedingung an. Das Wesen und der Zweck eines bedingten Rechtsgeschäftes ist darin zu sehen, daß die Bedingung es ermöglicht, in bestimmten Fällen eine gewünschte rechtliche Wirkung hervorzurufen, ohne daß eine erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts nötig wird. Der zu sichernde Vertragsschließende braucht nur zukünftige Fälle, welche ihm eine Auflösung des Vertrags wünschenswert erscheinen lassen, als Bedingung für den Abschluß des Rechtsgeschäftes zu setzen, damit bei Eintritt dieses Falles das Rechtsgeschäft sich von selbst auflöst. Auf diese Weise kann er sich genügend sichern. Nach herrschender Ansicht stellt eine solche Willenserklärung unter auflösender Bedingung einen einheitlichen Willensakt dar [35]).

Der lange historische Streit, ob die Resolutivbedingung dingliche Wirkung habe, ist durch das BGB. bejahend entschieden worden. Dadurch wird die Behandlung resolutivbedingter Rechtsgeschäfte im Konkurs wesentlich erleichtert, denn mit der Konkursbeschlagnahme tritt die Bedingung in Wirksamkeit und läßt automatisch das Eigentum an den Uebereigner zurückfallen.

Der Abschluß eines Treuhandgeschäftes vollzieht sich nach Schultze folgendermaßen: Der Treuhänder bekommt das Treugut unter der auflösenden Bedingung übertragen, daß bei ihrem Eintritt (Konkurs, Zwangsvollstreckung, Arrest, Tod, Treubruch etc.) oder bei Unmöglichwerden des erstrebten Zweckes das Treugut von selbst an den Treugeber zurückfällt. Der Treu-

[35]) Vergl. Fischbach a. a. O. S. 207 ff.

händer soll im übrigen das Seinige tun, um den Zweck des Geschäftes zu erfüllen.

Schultze (a. a. O. S. 103) läßt neben dieser deutschrechtlichen Treuhänderschaft die römischrechtliche auch noch bestehen, behauptet aber, daß heute eine Vermutung für die deutschrechtliche Treuhänderschaft spreche. Ebenso hält der den Umfang der Bedingung bei Treuhandgeschäften für feststehend, d. h. alle den Treugeber schädigenden Möglichkeiten umfassend. Damit wird seine Konstruktion zu einem neuen dinglichen Recht.

Gegen ihn steht die herrschende Meinung, nach welcher die Zahl der dinglichen Rechte auf Grund der historischen Entwicklung eine geschlossene ist[36]). Die dinglichen Rechte können durch Parteiwillen weder eingeengt, noch erweitert, noch vermehrt werden. Diese Auffassung ist wohl die richtige, sie entspricht allein den Bedürfnissen der Allgemeinheit. Infolge des Charakters der dinglichen Rechte, als gegen jeden Dritten wirkend, bedarf die Gesellschaft gegen Mißbrauch dieser Rechte eines Schutzes vor allem in Gestalt der gesetzlichen Festlegung ihrer Anzahl und Wirkung[37]).

Daraus ergibt sich, daß der Umfang der Bedingung vertraglich von den Parteien festgelegt werden muß, zum anderen, daß keine Vermutung für die Schultze'sche Konstruktion eines besonderen bedingten Treuhandgeschäftes spricht. Zuweit gehen aber einige Schriftsteller[38]), welche auf Grund von § 137 BGB. die Gültigkeit einer resolutivbedingt erfolgten Eigentumsübertragung anzweifeln. Dieser Versuch muß als gescheitert angesehen werden[39]). Es ist vielmehr sehr wohl möglich, daß Treuhandgeschäfte in der obenangegebenen Weise unter auflösender Bedingung abgeschlossen werden, aber dies bedarf besonderer Vereinbarung. Vor allem muß bei Abschluß des Treuhandgeschäftes festgelegt werden, was alles auflösende Bedingung sein soll; also genügt z. B. nicht die Bestimmung „alle Ereignisse, die den Treugeber schädigen können" sondern alle zu treffenden Fälle müssen besonders bestimmt werden z. B. Konkurs, Arrest, Treubruch. Nur in dieser Form kann der Abschluß resolutivbedingter Treuhandgeschäfte mit rechtlicher

---

[36]) Vergl. Staudinger III,1 S. VIII.

[37]) Damit soll gegen die Resolutivbedingung als solche nichts gesagt sein, angegriffen wird nur, daß der Umfang der Bedingung bei Treuhandgeschäften feststehend sei und eine Vermutung für bedingten Abschluß bestände, wodurch Schultze's Ansicht zu einem dinglichen Recht wird.

[38]) Schott in Festschrift für Dahn S. 327, Crome I S. 392, Schloßmann a. a. O. 2/383, u. a. m.

[39]) Vergl. Fischbach S. 219, auch Brütt und Dernburg.

Wirkung getätigt werden. Auch Fischbach geht zu weit, wenn er glaubt, eine Bedingung oft aus den Umständen stillschweigend entnehmen zu dürfen, denn die Parteien werden im Ernstfalle gerne Abschluß unter einer Bedingung behaupten, indessen muß ein solcher bewiesen werden.

Die Anwendung des resolutivbedingten Eigentums scheitert aber bei Grundstücken, da unser Grundbuchrecht eine bedingte Auflassung nicht kennt. Die vorgeschlagene Vormerkung wird nicht immer im Interesse der Parteien liegen, welche oft an der Geheimhaltung des Geschäfts ein berechtigtes Interesse haben.

Noch größer wird das Versagen, wenn der Treuhänder das Treugut nicht vom Treugeber, sondern von einem Dritten erhält. Verschiedene Vorschläge sind gemacht worden. Schöny a. a. O. S. 21 empfiehlt den Umweg einer Uebertragung erst auf den Treugeber, Heymann a. a. O. suspensiv bedingte Rechtsübertragung seitens des Treuhänders an den gewollten Treugeber mit constitutum possessorium. Beide Vorschläge sind durchführbar. Wichtig an ihnen ist vor allem, daß sich aus der Notwendigkeit, derartige Umwege einschlagen zu müssen, klar ergibt, daß Treuhandgeschäfte niemals eo ipso resolutivbedingt abgeschlossen sind.

Eine eigenartige Anschauung vertritt Semeka[40]). Er faßt die Rechtsstellung des eigentumübertragenden Schuldners auf als „Wartrecht", d. h. als eine rechtlich gesicherte Möglichkeit zur zukünftigen Vollrechtsentstehung. Das Wartrecht ist oft mehr als ein obligatorisches, aber weniger als ein dingliches Recht[41]). (Vergl. das Vorkaufsrecht).

Semeka unterscheidet zwischen obligatorisch und dinglich gesicherten Wartrechten. Nur die letzteren verschaffen sofortige Verfügungsmacht über ein zukünftiges Recht, ohne aber rein dinglich zu sein. Nach Semeka kann das Treuhandgeschäft sehr oft ein dinglich gesichertes Wartrecht enthalten. Der Treugeber bekommt ein solches Eigentumswartrecht, während das Eigentum des Treuhänders wartrechtlich beschränkt wird.

Das Wartrecht ist modernen Ursprungs (wenn auch auf alten germanischen Rechtsgedanken beruhend), über seine Entwicklungsfähigkeit läßt sich noch nichts sagen. Es gibt ein gutes Hilfsmittel zur Erklärung mancher Unverständlichkeiten unseres Rechts (z. B. Verfügungsmöglichkeit über zukünftige Rechte). Ueber die Möglichkeit eines Wartrechts beim Treu-

---

[40]) Grünhut Z 36/911, Arch. BrR. 35/112 ff,

[41]) Crome III/2, Staudinger III, I, S. 3.

handgeschäft bestehen noch keine klaren Ansichten[42]). Ich möchte eine solche bejahen. Wohl hat unser Recht die Trennung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten scharf durchgeführt, aber diese kann nicht zu dem Schluß führen, daß die Bildung von Zwischenrechten unmöglich sei. Vor allem ist dabei zu erwägen, daß es sich nicht um ein neues dingliches Recht handelt, sondern nur um ein Zwischenrecht, welches die Vorteile der dinglichen wie der obligatorischen Rechte auf Kosten der dinglichen Schärfe vereinigen will. Auch hier sehen wir wieder, wie bei der Resolutivbedingung, alte Rechtsgedanken zu neuer Blüte kommen. Jndessen muß, ebenso wie bei den resolutivbedingten Treuhandgeschäften der Schluß gezogen werden, daß ein wartrechliches Treuhandgeschäft denkbar und gültig ist, aber dessen Vorliegen bewiesen werden muß.

Seine Wirkung kann aber nicht die gleiche sein, wie die der Resolutivbedingung, da das Wartrecht nicht rein dinglich ist. Zwar verlangt Semeka auch bei Wartrechten im Konkurs des Treuhänders einen eo ipso Rückfall des Eigentums an den Treugeber — ein solcher ist m. E. aber nur bei der dinglich wirkenden Bedingung möglich. Ueber diese Frage kann indes ein abschließendes Urteil noch nicht gegeben werden, da unsere Gerichte noch keine Stellungnahme dazu genommen haben, und praktische Fälle von Wartrechten noch nicht bekannt sind. M. E. wird ihre Bedeutung überhaupt mehr auf wissenschaftlichem als auf praktischem Gebiete liegen.

Als Zusammenfassung des bisher Gebrachten ist also festzustellen: Eine Trennung der Wirkungen des Eigentums muß abgelehnt werden, die deutschrechtliche und die wartrechtliche Treuhänderschaft ist nur, wenn besonders vereinbart, abgeschlossen. Infolgedessen gibt es eine Möglichkeit zur Klärung des Wesens der heutigen Treuhandgeschäfte nur auf dem Boden römischrechtlicher Gedanken. Diese Folgerung bedeutet: In allen Fällen, wo nichts besonderes vereinbart ist, hat der Treuhänder das volle Eigentum am Treugut erlangt, der Treugeber besitzt nur ein obligatorisches Recht auf Rückgabe, auf den Erlös etc. — je nach Art des Geschäftes. Eine Parteivereinbarung, welche eine für den Konkurs wirksame Verstärkung des obligatorischen Rechts des Treugebers bezweckt, ist nur in der Weise möglich, daß die Eigentumsübertragung resolutivbedingt erfolgt. Alle anderen Geschäfte, bei denen der Empfänger eines Gutes nur beauftragt wird, nur Vollmacht erhält, sind keine Treuhand-

[42]) Vergl. auch Staudinger's a. a. O. und Fischbach's a. a. O. S. 224 vorsichtige Stellungnahme.

geschäfte, zu deren Wesen eben die Eigentumsübertragung gehört. Ebenso entsprechen alle anderen Parteiwillenserklärungen nicht dem Recht, eine Wirkung kann ihnen daher nicht zugesprochen werden.

Einige Worte noch über das Bedürfnis nach Unterscheidungen innerhalb des Gebietes der Treuhandgeschäfte. Man kann naturgemäß unterscheiden zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Treuhand, aber das ist für die juristische Behandlung belanglos. Jaeger (Leitfaden S. 71) macht dagegen eine Unterscheidung zwischen uneigennütziger und eigennütziger Treuhänderschaft. Bei der ersten verfügt der Treuhänder über das Treugut kraft eigenen Namens und Rechtes zu fremden Nutzen — wie z. B. beim Inkassogeschäft, Sammlung, Trust (vergl. auch Beispiel Nr. 1 in § 2 dieser Abhandlung). Bei der letzteren wird er um seiner selbst Willen Herr der Sache, wenn auch mit Zweckbeschränkung (so vor allem bei der Sicherungsübereignung, vergl. auch Beispiel Nr. 2 in § 2). Früher, wo die Sicherungsübereignung meist in der Form des Sicherungskaufs abgeschlossen wurde, war eine solche Unterscheidung das Gegebene.[43]) Fischbach a. a. O. S. 130 lehnt daher für unser Recht eine solche Unterscheidung ab. Wohl seien die wirtschaftlichen Zwecke bei den einzelnen Arten des Treuhandgeschäftes verschieden, aber die juristische Eigenart des Geschäftes, die überstarke, wenn auch notwendige Rechtsübertragung, sei bei allen dieselbe. Allein auf das Wesen des fiduciarischen Rechtsgeschäftes abgestellt ist Fischbach zuzustimmen. Für dessen Deutung sind alle Arten einander gleich; bezüglich der Rechtsfolgen im Konkurs ergeben sich aber, wie später auszuführen ist, starke Abweichungen. Diese liegen aber weniger im Charakter des Treuhandgeschäftes als in der Natur des Treuguts begründet.

Fischbach unterscheidet seinerzeit zwischen Treuhänder und fiduciarischem Rechtsgeschäft (in seinem Vorwort). Bei ersterem sei die Person, das Vertrauensverhältnis, das Wichtigere, bei letzterem die Beziehung zur Sache. Mit anderen Worten, beim (germanischen) Treuhänder konzentriere sich das Interesse auf die Persönlichkeit, aus der alle Rechtsbeziehungen erwachsen, beim fiduciarischen Rechtsgeschäft dagegen gruppiere sich der Komplex der Rechtsbeziehungen um die Sache. Diese Unterscheidung ist m. E. — nicht nur für diese Abhandlung — ziemlich belanglos, wenn man nicht auf historische Reminiszenzen Wert legen will. Denn — Vertrauen ist

[43]) Vergl. auch Heilbrunn in Holdsheim's Monatsschrift 15/89.

bei allem das entscheidende, ohne Vertrauen kein Treuhandgeschäft.

Damit erscheint das Wesen des fiduciarischen Rechtsgeschäfts als genügend geklärt. Wie weit sich nun der Prüfstein aller Rechte — der Konkurs — beim fiduciarischen Rechtsgeschäft auswirkt, wie überhaupt eine Lösung für das Problem der Aussonderung zu finden ist, darüber soll der nächste Abschnitt näheres bringen.

II. Abschnitt:

Die Behandlung von Treugut im Konkurs.

§ 5.

Allgemeine Beantwortung der Aussonderungsfrage.

Beim Treuhandverhältnis können beide Beteiligten, Treugeber wie Treuhänder, in Konkurs fallen. Bei den meisten Treuhandverhältnissen ist der Treuhänder nicht nur Eigentümer, sondern auch Besitzer des Treuguts. Fällt nun der Treugeber in Konkurs, so entstehen in solchen Fällen für das Treugut keinerlei Rechtsfolgen, es gehört nicht zur Konkursmasse, wird auch nicht beschlagnahmt. Anders ist die Rechtslage, wenn der Treugeber im Besitze des Treuguts ist und dieses zunächst dadurch Bestandteil der Konkursmasse wird. Da derartige Fälle wohl nur bei der Sicherungsübereignung vorkommen, sollen sie erst dort behandelt werden. Wir beschäftigen uns daher in diesem Abschnitt nur mit dem Konkurs des Treuhänders.

§ 43 der K.O. besagt, daß die Ansprüche auf Aussonderung von in der Konkursmasse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenständen auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts sich nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen bestimmen. Auf das Treugut angewandt hat demnach unsere Untersuchung sich der Frage zu widmen, ob das Treugut vom Treugeber im Konkurs des Treuhänders ausgesondert werden kann. Der Angelpunkt der ganzen Frage liegt in der Auslegung des Begriffs „gehörig".

Die Stellung von Wissenschaft und Praxis ist naturgemäß stark durch die verschiedengeartete Auffassung des Wesens des Treuhandgeschäftes beeinflußt, aber nicht immer ergibt sich hieraus die Stellung zu unserem Problem. Derartige Ab-

weichungen sind bei Berücksichtigung der Interessenlage verständlich. Das Treugut ist fast immer (ausgenommen die Fälle der Sicherungsübereignung) in das Eigentum des Treuhänders unentgeltlich gelangt. Eine Verminderung des zur Befriedigung seiner Gläubiger dienenden Vermögens durch den Abschluß des Treuhandvertrages ist daher nicht eingetreten. Verweigert man dem Treugeber im Konkurs die Aussonderung, so fällt das meist wertvolle Treugut den Gläubigern unverdient zur Verteilung zu. Umgekehrt kann aber auch der Fall derart liegen, daß die Gläubiger auf das Eigentum des Treuhänders am Treugut bei ihren Dispositionen vertraut haben und durch dessen Aussonderung nur eine geringe Konkursdividende erhalten würden.

Eine gerechte Lösung unseres Problems ist daher schon vom wirtschaftlichen Standpunkt aus nicht leicht, noch schwieriger wird sie durch die juristischen Verhältnisse. Infolgedessen erscheint die für das Treuhandgeschäft charakteristische Erscheinung gerechtfertigt, da sich hier, wie kaum anderswo, die Meinungen und Begründungen derart schroff und das Gesamtbild zersplitternd gegenüber stehen.

Man kann die vorhandenen Meinungen in einigen grossen Gruppen zusammenfassen. Den die Aussonderung Ablehnenden gegenüberstehen drei Gruppen von Bejahenden:

1. Die Vertreter deutschrechtlicher Gedanken.
2. Die Verteidiger einer Spaltung der Wirksamkeit des Treuhandeigentums.
3. Eine Gruppe besonderer Begründungen.

Vorerst sei die erste Gruppe der Aussonderungsverteidiger kurz entwickelt und bewertet.

Die Vertreter deutschrechtlicher Gedanken spalten sich in zwei Untergruppen: Die einen sprechen dem Treuhänder kein volles Eigentum am Treugut zu, die andern bejahen zwar sein Eigentum, halten es aber für resolutiv bedingt. Zu den ersteren gehört Brütt a. a. O. S. 8. Er gibt dem Treugeber eine dinglichwirkende rei vindicato utilis, durch welche er ausnahmsweise zur Konkursaussonderung berechtigt werde. Dritterwerbern gegenüber könne diese aber nicht geltend gemacht werden. [44])

Hierher gehört auch Stauffacher a. a. O. S. 41 mit seiner Anschauung, dass das Treugut so lange noch im Eigentum des

[44]) Unter Berufung auf Jhering in Jher. Jhb. I/158 ff., ähnlich Kohler Lehrbuch § 35, bes. S. 177 ff.

Treugebers stehe, als kein Dritter zu ihm in Beziehung getreten sei. Bei Beiden kann auf die Ausführungen über das Wesen des Treuhandgeschäftes verwiesen werden. Ihre Ansichten verstoßen, wie oben erörtert wurde, gegen Grundprinzipien unseres heute geltenden Rechts.

Für die andere Gruppe, also die Anhänger einer bedingten Treuhandverfügung, ist die Gewährung der Aussonderung natürlich selbstverständlich. Konkursbeschlagnahme wird neben Treubruch immer den Hauptbedingungsfall darstellen. Durch den Eintritt der Bedingung fällt das Eigentum an den Treugeber zurück und dieser wird aussonderungsberechtigt. Für die Fälle einer wirklichen resolutivbedingten Eigentumsübertragung ist gegen das gewährte Aussonderungsrecht nichts einzuwenden. Eine weitergehende Reichweite kommt dieser Ansicht aber, wie wir bereits gesehen haben, nicht zu.

Wir kommen nun zur Besprechung der zweiten Gruppe, der herrschenden Ansicht über die Frage nach der Aussonderung von Treugut. Hier stehen im Vordergrund die Begründungen des Reichsgerichts und Jaeger's.

Die Grundlage für die Ansicht des Reichsgerichts ist naturgemäß seine Auffassung von der Struktur des Treuhandgeschäftes (vergl. § 4, 2). Aus ihr wird folgerichtig ein Aussonderungsrecht des Treugebers hergeleitet.

Ausgangspunkt für die Begründung bilden die Beratungsprotokolle der Reichstagskommission für die Konkursordnung, laut welchen bestimmte Treuhandgeschäfte — zur Einziehung von Wechseln etc. und solche, die nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners getätigt worden sind — durch § 43 von der Rückforderung nicht ausgeschlossen sein sollen. Eine Erläuterung im Gesetz fand man unnötig. [45]) Diese Feststellung drückt nach herrschender Ansicht den Willen der gesetzgebenden Faktoren aus. [46])

Bei der Begründung selbst geht das Reichsgericht aus von dem Begriff „gehörig" im § 43 K.O. Bei der Eigentumsübertragung habe der Treuhänder die Verpflichtung übernommen, das Treugut nicht als sein eigenes Vermögen zu behandeln. Durch diese Uebertragung sei daher wohl formell-juristisch der Treuhänder Eigentümer des Treuguts geworden. [47]) Mate-

[45]) Vergl. Hahn, Protokolle S. 28, 121 ff., 163 ff. 172; stenograph. Reichstagsberichte 1876 S. 570

[46]) Vergl. RG. 45/85 ff. Jaeger Komm. § 43/40.

[47]) Das RG. zögert nicht, auch außerhalb des Konkurses des Treuhänders die entsprechende Konsequenzen hieraus zu ziehen.

riell-wirtschaftlich dagegen stehe es noch im Eigentum des Treugebers und gehöre zu seinem Vermögen. Deshalb könne letzterer im Konkurse des Treuhänders Aussonderung des Treugutes verlangen. [48])

Neben seiner schon bekannten Spaltung der Wirksamkeit des Eigentums bedient das Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht sich vor allem des reichlich streitigen Vermögensbegriffes, den es wirtschaftlich gefaßt sehen will. Als Grund für diese Auffassung zitiert es die Motive [49]), welche „gehörig" (§ 43) im wirtschaftlichen Sinne ausgelegt haben wollen. Die Motive als Privatarbeit können aber m. E. keine grosse Bedeutung beanspruchen. Die Heranziehung wirtschaftlicher Begriffe in der Jurisprudenz muß — wie schon gesagt — äußerst vorsichtig erfolgen. Mit dem volkswirtschaftlichen Vermögensbegriff kann der Jurist nicht arbeiten, er kann nur nach dem Inhaber des Rechtes fragen; wer diesen Inhaber vielleicht bei seinen Dispositionen anregt oder ihm befiehlt, m. a. W. wer die wirtschaftliche Macht hat, muß ihm gleichgültig bleiben. Wenn überhaupt die Vermögenslage gewürdigt werden soll, so erscheint die v. Thur'sche Auffassung (a. a. O. II/200) als die richtigere: das fiduciarisch erworbene Recht gehört zum Vermögen des Treuhänders, während im Vermögen des Treugebers die Forderung auf eventl. Rückgabe des Gegenstandes verbleibt. [50])

Im übrigen sind die Begründungen in den einzelnen Entscheidungen zum Teil nicht ganz einwandfrei [51]), was auch Jaeger Komm. 43/40, S. 673 zugibt. Der Wert der Kommissionsprotokolle, welche die Grundlage zu der ständigen Rechtsprechung abgegeben haben, ist allerdings richtig eingeschätzt worden. Ihre Heranziehung zur Begründung unterliegt keinen Bedenken. (näheres s. S. 49 ff.) Hier geht es aber vor allem um die übrige Beweisführung des Reichsgerichts, und diese erscheint abwegig. Wenn auch der in den reichsgerichtlichen Entscheidungen zum Ausdruck kommende Wille, Unbilligkeiten zu vermeiden, anerkennenswert ist, so ist doch seine wissenschaftliche Begründung nicht haltbar.

Der Hauptverteidiger des Reichsgerichts, Jaeger, sieht die Schwächen der reichsgerichtlichen Position auch ein. Sein Hauptargument für die Aussonderung des Treuguts bildet

---

[48]) So RG. in ständiger Rechtssprechung 19/60, 24/45, 31/392, 41/3, 44/3, 45/80, 46/167, 62/198, 79/121,84/218, 91/14, 94/24, 307 und zahlreiche an and. Stelle noch zitierte, sowie Enneccerus I § 139 II, 3.

[49]) Hahnsche Materialen zur K. O. S. 57 etc. vergl. RG. 45/85.

[50]) Auch Jaeger neuerdings für Vermögensübergang auf den Treuhänder. (Leitfaden S. 71).

[51]) Vergl. z. B. RG. 62/167, 79/122, 115/263.

heute – abgesehen von den Protokollen als Ausgangspunkt – nur noch die Behauptung, daß das Aussonderungsrecht „in konstanter gerichtlicher Uebung seine gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden habe". [52])

Die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht ist heute allgemein anerkannt. [53]) Als allgemeine Definition mag die von Enneccerus (a. a. O. I, 1 § 35) gegebene dienen: „Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, das im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht". Ueber die Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht bestehen dagegen verschiedene Ansichten.

Enneccerus geht aus von der allgemeinen Grundlage allen Rechtes. Auch das Gewohnheitsrecht beruhe auf dem Willen der Gemeinschaft. Dieser sei nicht nur ein Mittel zur Erkenntnis, sondern vor allem ein Erfordernis zur Entstehung von Gewohnheitsrecht. Eine gleichförmige, dauernde und allgemeine Uebung müsse hinzukommen. Ein ähnliches Zusammenwirken fordert Staub-Koenige a. a. O. I S. 8. Zu der Uebung müsse die Ueberzeugung von dem Vorhandensein der rechtlichen Notwendigkeit dieser Uebung treten. Uebung wie Ueberzeugung müsse eine allgemeine sein.

Hiervon abweichend halten andere Schriftsteller nur ein Erfordernis für genügend. Die einen [54]) begnügen sich mit der dauernden Uebung, da die Rechtsüberzeugung schlecht feststellbar sei, andere – ältere – [55]) sehen in der bloßen gemeinsamen Rechtsüberzeugung das alleinige Erfordernis.

Ich möchte mich der Ansicht von Enneccerus anschließen. Seine Meinung bedeutet eine verhältnismäßige Erschwerung der Bildung von Gewohnheitsrecht. Aus der Gleichstellung von Gesetz und Gewohnheitsrecht ergibt sich die Notwendigkeit, den Weg der Entstehung von Gewohnheitsrecht dem von Gesetzen anzupassen. Wie bei der Entstehung von Gesetzen der Wille der gesetzgebenden Faktoren, so muß bei der Bildung von Gewohnheitsrecht der Wille der Gemeinschaft hauptsächlich maßgebend sein. Bloße Tatsachen, wie Uebung, sind daher nicht als ausreichender Faktor anzusehen, ebenso nicht allgemeine Rechtsüberzeugung.

---

[52]) Komm. § 43/40, besonders Leitfaden S. 72.

[53]) Vergl. RG. 75/41, 76/113, Art. 2 EGBGB. Enneccerus a. a. O. I, 1 § 35, Staub-Kõenige I S. 8 Planck, Komm. I, Einl. S. XXXVII, Staudinger a. a. O. I Einl. S. 12.

[54]) Zitelmann I § 17, Arch.Z.Pr. 66/324 ff., Dernburg Pandekten I § 26 ff., Oertmann R. O. S. 16 ff., Dove in JW. 16/368.

[55]) Vergl. bei Enneccerus I, 1 § 35 2; Puchta etc.

In unserem Falle wird der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Charakter eines Gewohnheitsrechts zugesprochen. Diese Rechtsprechung hat sich infolge der – leider – immer größer werdenden Nachgiebigkeit der unteren Gerichte gegenüber dem höchstrichterlichen Diktat in einen allgemeinen Gerichtsgebrauch umgesetzt. [56]) Dieser Gerichtsgebrauch allein kann aber nicht als Uebung im Sinne des Gewohnheitsrechts angesehen werden. Es sei zugegeben, daß er in den meisten Fällen der Rechtsüberzeugung des Volkes entspricht. [57]) Aber, gerade auf dem hier behandelten Gebiet herrscht in der Wissenschaft ein großer Streit, namhafte Rechtslehrer bestreiten heute noch ein Aussonderungsrecht für Treugut. In diesem Streite hat das Reichsgericht sich von vornherein auf die bejahende Seite geschlagen und diesen Standpunkt – wenn auch unter dem Druck des Widerstreits mit wechselvoller, manchmal unsicherer Begründung – stets beibehalten. Aber auch angesichts dieser ständigen, von den unteren Gerichten manchmal nicht ganz verstandenen Rechtsprechung [58]) muß doch betont werden, daß Aufgabe des Reichsgerichts in erster Linie Herstellung der Rechtseinheit an Hand des gegebenen Rechts ist. Das Reichsgericht hat daher nach dem bestehenden Recht zu entscheiden. Die Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Gerichtsgebrauch wird von den Wenigen, die sich überhaupt mit dieser Sache beschäftigen, meist bejaht. [59]) Der rechtsbegründende Wille der Gemeinschaft muß aber m. E. weiter gefaßt werden als er im Gerichtsgebrauch zum Ausdruck kommt. [60]) Ich verweise dabei auf Planck: [61]) Das Reichsgericht könne kein Gewohnheitsrecht machen, denn es habe nach dem bestehenden Recht zu entscheiden. Es habe aber auch die Aufgabe, Reichsgesetze auszulegen und eventl. analog anzuwenden. Diese Auslegung kann u. U. unrichtig sein. Durch ihren allgemeinen Gerichtsgebrauch allein entstehe zwar noch kein Gewohnheitsrecht, aber wenn die Praxis auf die Rechtsanschauung aller Beteiligten und auf den Verkehr dementsprechend zurückwirke, könne schließlich doch Gewohnheitsrecht entstehen.

---

[56]) Allerdings fehlen seit der Kriegszeit die Entscheidungen fast ganz, wahrscheinlich infolge Rückgangs der getätigten Treuhandgeschäfte.

[57]) Wie Seidel a. a. O. S. 35 hervorhebt.

[58]) Vergl. RG. 94/307.

[59]) Vergl. Enneccerus a. a. O. I. 1 § 39,2, siehe aber im Gegensatz hierzu § 36 I, III. Oertmann S. 355: GR. entsteht »durch die Massenersch. einer ständigen Praxis«.

[60]) »Rechtsbegründender Wille« könnte er wohl genannt werden, wenn der Gerichtsgebrauch sich von unten nach oben und nicht von oben nach unten entwickelt hätte, da er dann der Volksüberzeugung näher stände.

[61]) A. a. O. I, 1 Einl. S. XXXIX.

Dem ist beizustimmen. Wenn man den Jaeger'schen Standpunkt verallgemeinert, so ergibt sich das Bild, daß wissenschaftliche Streitfragen sich mit dem Hinweis auf die Bildung von Gewohnheitsrecht, entstanden durch langjährige, feststehende Rechtssprechung des Reichsgerichts, erledigen lassen. Damit wird wohl Rechtssicherheit geschaffen, aber dem Rechtsfortschritt nicht gedient. Aus diesen Gründen muß die Bildung von Gewohnheitsrecht bei der Aussonderungsfrage wegen des Widerstreits der Meinungen verneint werden. Der Gerichtsgebrauch ist nicht der Exponent eines einmütigen Willens der Gesamtheit. [62]) [63])

Außer Jaeger vertritt noch Staub-Stranz bei Wechseln das Bestehen von Gewohnheitsrecht. Ein Eingehen ist erst im einschlägigen § 8 erforderlich.

Das Reichsgericht ist infolge seiner besonderen Auslegung der Parteiwillenserklärungen gezwungen, zwischen den verschiedenen Treuhandgeschäften hinsichtlich ihrer Entstehung einen Unterschied zu machen. Die Zuhilfenahme des volkswirtschaftlichen Vermögensbegriffes bedingt, daß von ihm nur solche Geschäfte als Treuhandgeschäfte angesehen werden können, bei denen das Treugut direkt aus dem Vermögen des Treugebers in das des Treuhänders gelangt ist. In allen anderen Fällen, wo der Treugeber einen Dritten beauftragt, einen Gegenstand dem Treuhänder zu übereignen, unter der Verabredung, daß der Treuhänder diesen Gegenstand als Treugut für den Treugeber haben soll, kann nach der Ansicht des Reichsgerichts nicht von einem „Anvertrauen" gesprochen werden. Infolgedessen wird Aussonderung verweigert. [64]) Den Vorwurf, es sei formalistisch, aus der äußeren Gestaltung verschiedene Rechtsfolgen zu ziehen, weist das Reichsgericht mit der Begründung zurück, daß hier nicht bloß eine äußere Verschiedenheit der Rechtslage, sondern auch eine sachlich verschiedenartige Rechtsgestaltung der Dinge bestehe. Nach unseren Feststellungen befindet sich beim Treuhandgeschäft im Vermögen des Treugebers nur der obligatorische Anspruch auf Rückgewähr, Auszahlung des Erlöses etc. In den vom Reichsgericht besonders behandelten Fällen ist die Natur des obligatorischen Anspruches aber die gleiche. Für die hier vertretene Ansicht besteht demnach kein sachlicher Unterschied.

---

[62]) Aussenseiter würden im umgekehrten Fall das Bild nicht beeinträchtigen.

[63]) Zum gleichen Ergebnis kommt mit anderer Begründung Ackermann a. a. O. S. 62.

[64]) RG. 84/216, LZ. 15 S. 1022, RG. in Gruch 66/590, Jaeger Komm. § 43/53.

Damit kommen wir zur Besprechung der letzten Gruppe der Aussonderungstheorien. Hier sind noch einige besondere Begründungen zu nennen.

Oppenheimer a. a. O. S. 45 und Brütt a. a. O. S. 9, gründen das Aussonderungsrecht des Treugebers auf Analogie zu § 392 HGB. Beide Schriftsteller sehen keinen Unterschied zwischen Kommissions- und Treuhandgeschäft, beide seien „Folgerungen eines höheren Prinzips" (Oppenheimer). Wenn aus wirtschaftlichen Gründen ein weitergehendes Geschäft abgeschlossen werde, so sollten doch die Parteien dadurch nicht benachteiligt werden, sondern in der Rechtsstellung stehen, als ob sie das dem Zwecke angepaßte Geschäft abgeschlossen hätten. Diese Folgerung besagt aber gar nichts. Wie oben festgestellt wurde, schließen die Parteien bewußt und mit Willen das Treuhandgeschäft in der bekannten Form ab, überdies besteht, worauf Wienstein a. a. O. S. 881 ff. hinweist, ein großer Unterschied zwischen dem fiduciarischen Rechtsgeschäft und dem Kommissionsgeschäft. Ebenso hat die BGB.-Kommission eine Verallgemeinerung des in § 392 HGB. verankerten Prinzips abgelehnt. [65]) Auf Analogie läßt sich daher das Aussonderungsrecht nicht gründen.

Zu erwähnen sind noch Endemann und Fitting [66]), welche ohne Begründung dem Treugeber ein Aussonderungsrecht zusprechen.

Nachdem nunmehr alle Verteidiger eines Aussonderungsrechtes behandelt sind, sollen noch die Gegner zu Wort kommen, bevor die eigene Stellung gegeben wird.

Alle Gegner der Aussonderung von Treugut haben bei aller Verschiedenartigkeit der Begründungen gemeinsam, daß sie das Eigentum am Treugut voll und ganz dem Treuhänder zusprechen. In voller juristischer Konsequenz müssen sie daher dem Treugeber ein Aussonderungsrecht verweigern und ihm eine bloße Konkursforderung zubilligen. So sagt v. Lang: [67]) wenn der Treugeber die Vorteile des fiduciarischen Rechtsgeschäftes genießen will, muß er auch die Nachteile mit in Kauf nehmen. Oder Leist a. a. O. S. 82: er hat sich selbst in die Gefahr begeben. Diese Auffassung [68]) ist logisch und vom rein ju-

---

[65]) Vergl. Jaeger Komm. § 43/53.

[66]) Dt. Konkursverfahren 1889, Reichskonkursrecht § 43.

[67]) Arch.Z.Pr. 23/336 ff.

[68]) Ebenso Seuffert a. a. O. § 16, Schollmeyer in Hölders Komm. § 398, Goltz a. a. O, S. 86, Goldschmidt in Z. f. H. r. 1882,81 ff., Werthauer i. Z. f. Priv. u. öff. Recht 13,586, Wulff a. a. O. S. 70 ff., Grünhut a. a. O. S. 143 ff., Endemann a. a. O. I § 62, Dreyer in Gruch 40/458, Wienstein in Gruch 46/241, Hellwig i. C. I § 33 N, 13; neuestens v. Thur I § 7, 2, Salinger a. a. O. I 336 ff., Nathan a. a. O. S. 53, Halbauer i. Recht 05/634, OLG. Braunschweig i. DJZ. 13/592.

ristischen Standpunkt aus völlig gerechtfertigt. Indessen entspricht das Ergebnis zumeist nicht der Billigkeit, ebenso wehrt sich das allgemeine Verkehrsbedürfnis dagegen. Die weitere Untersuchung muß sich daher darauf richten, ob nicht doch ein Weg gefunden werden kann, der den Anforderungen der Billigkeit und des Verkehrs wie auch der Wissenschaft gerecht wird.

Der Billigkeitsgedanke wird von zwei Schriftstellern als alleinige „wahre Rechtfertigung eines Aussonderungsrechtes" bezeichnet.[69]) Diese Begründung ist auch nicht einwandfrei. Die Billigkeit ist ein zu individueller Maßstab, als daß sie bei der Entscheidung über die Aussonderungsstreitfrage durchschlagende Bedeutung gewinnen kann. Es lassen sich Fälle denken (vergl. § 5 S. 31), wo der Richter aus Billigkeitserwägungen heraus die Aussonderung verweigern müßte. Dem Gerechtigkeitsprinzip würde damit wohl Genüge geschehen, aber die Rechtssicherheit müßte darunter leiden. Zwar ist die Gerechtigkeit das höhere Prinzip, aber ihre Ziele dürfen nicht auf Kosten der Rechtssicherheit verfolgt werden. Beide Prinzipien müssen vielmehr nach Möglichkeit in Einklang gebracht werden und zusammenwirken. Die Ansichten der beiden Schriftsteller müssen daher abgelehnt werden, obwohl zu begrüßen ist, daß nicht die sonst üblichen Wege der Rechtsumdeutung eingeschlagen wurden.

Aus der Erwägung, daß allein die Erkenntnis der Rechtslage die richtige Entscheidung für die Aussonderungsfrage herbeiführen kann, ergibt sich, daß vorerst die Rechte aller Beteiligten im Konkurs klar gestellt werden müssen, ob aus ihnen eine Begründung für das Aussonderungsrecht sich gewinnen läßt.

Auf den Treuhänder selbst braucht dabei nicht mehr eingegangen zu werden. Sein Recht am Treugut beruht auf dem Treuhandvertrag. Er selbst scheidet für uns als handelnde Person im Konkursverfahren aus. Anders lägen die Dinge, wenn er das Bestehen eines Treuhandvertrags leugnen würde. Diese Fälle scheiden aber für unsere Betrachtung aus.

Die Beteiligten im Aussonderungsverfahren sind neben dem Treugeber als Aussonderungsfordernder der Konkursverwalter und die Konkursgläubiger, welche das Treugut als mithaftende Masse ansehen werden. Für die Rechtslage der

[69]) Staudinger a. a. O. I S. 415 (Zitat), Heymann a. a. O. S. 61, unter Hinweis auf Kohler und Enneccerus.

Konkursgläubiger ergibt sich folgendes Bild: Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens hat der Gemeinschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen entzogen bekommen. (§ 6 KO.)

Im gemeinen Recht ging zumeist mit der Konkurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners auf die Gläubiger über. Diese Lehre ist heute ganz aufgegeben. [70]) Dagegen hat eine andere, welche den Gläubigern wenigstens ein dinglich wirkendes Beschlags- oder Pfandrecht am gemeinschuldnerischen Vermögen zubilligen will, heute noch mehrere Verteidiger. [71]) Ausgangspunkt ihrer Beweisführung sind die eigenartigen Wirkungen des Konkursbeginnes, die allerdings zur Annahme einer Sonderrechtslage der Konkursgläubiger führen könnten. Kohler's Beschlagsrecht ist pfandrechtartig, entsteht durch Gerichtshandlung und stellt ein Recht der Gläubigergemeinschaft dar, welche durch ihre Organe handelt. Kohler (der Urheber des Beschlagrechtes) begründet es geschichtlich und aus den §§ 7, 15 KO. Die Gegner [72]) stützen ihre Ablehnung auf die Entstehungsgeschichte (Motive S. 15/16) und auf § 6 KO: durch die Konkurseröffnung werden dem Gemeinschuldner die Vermögensrechte nicht entzogen. Er verliert nur das Verwaltungs- und Verfügungsrecht, welches auf die Konkursverwalter übertragen wird.

Das Beschlagsrecht ist abzulehnen. Die Konkursgemeinschaft will nur eine gleichmäße Befriedigung aller sonst konkurrierenden Ansprüche gewährleisten, ihre Verbundenheit ist lediglich prozeßual-formell bedingt. Wohl entsteht eine sog. Konkursbefangenheit für die Masse (Jaeger), welche aber weder strafrechtliche noch dingliche Wirkungen hat. Die Konkursgläubiger haben demnach keine besonderen Rechte an dem Massevermögen, ihre bisherigen Ansprüche gegen den Gemeinschuldner bestehen vielmehr fort — nur ihre Befriedigung vollzieht sich auf andere Weise. Der Konkursverwalter hat seinerseits lediglich dafür Sorge zu tragen, daß alles Massevermögen zur Befriedigung aller berechtigten Ansprüche gesammelt und verwertet wird.

Auch von einem besonderen Befriedigungsrecht der Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners kann aus den gleichen Gründen nicht gesprochen werden. Die Teilnahme an

---

[70]) Jaeger Komm. § 3/47.

[71]) So Kohler Lehrbuch § 22, Leitfaden § 11. Seuffert a. a. O. § 25, Hellmann a. a. O. S. 624 ff.

[72]) RG. 46/157, Jaeger Komm. § 3/48, v. Sarwey-Bossert a. a. O. § 3, 4, Petersen in Gruch 34/77.

dem Konkursverfahren entspringt einem Anspruch gegen den jetzigen Gemeinschuldner, der vor Konkurseröffnung entstanden ist. Im Konkursverfahren wird lediglich der Anspruch seiner Höhe und seinem Grunde nach geprüft und festgestellt, seine Erfüllung erfolgt dann im Rahmen des Verfahrens nach Maßgabe der vorhandenen Masse. Ein besonderer Anspruch konkursrechtlicher Art entsteht nicht und ist auch durch die Fassung des maßgebenden § 6 KO. ausgeschlossen.

Weit näher läge es, in den Ansprüchen der Konkursgläubiger auf Rückgewähr zur Konkursmasse gemäß den Anfechtungsbestimmungen der §§ 32 ff. KO. ein gemeinsames Recht der Gläubiger zu sehen, das gemäß § 36 KO. vom Konkursverwalter ausgeübt wird. Der Wortlaut des Gesetzes steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Dieses Recht richtet sich aber nicht gegen die Konkursmasse, sondern gegen unrechtmäßig befriedigte Gläubiger; überdies muß der Rückgewähranspruch seiner Natur nach als Masseanspruch angesehen werden. Ein besonderes Recht der Gläubiger an der Konkursmasse besteht demnach nicht.

Hieraus ergibt sich, daß Konkursgläubiger und Konkursverwalter für die weitere Untersuchung ausscheiden. Wir kommen damit zur Prüfung des Anspruchs des Treugebers.

Innerhalb der Ansprüche Dritter gegenüber der Konkursmasse lassen sich nach Jaeger (Komm. § 43/4) zwei Gruppen unterscheiden, Verschaffungsansprüche und Herausgabeansprüche. Von ersteren spricht man, wenn ein Dritter die Uebertragung eines in fremden Vermögen stehenden Rechts auf sich beansprucht (also z. B. Uebereignung von gekauften Waren). Solche (schuldrechtlichen) Ansprüche haben grundsätzlich keine Aussonderungskraft.[73]) Herausgabeansprüche können sowohl dinglichen als auch schuldrechtlichen (persönlichen) Ursprung haben. Als persönliche, aussonderungsberechtigte Herausgabeansprüche seien genannt: Forderungen aus Leihvertrag, welche die Rückgabe des Leihguts nach Vertragsablauf beanspruchen, ebenso gleichgelagerte Forderungen aus Verwahrung, Miete, Pacht, Auftrag.[74]) Fordert hier der Eigentümer der vermieteten, verliehenen Sache Aussonderung, so muß sie ihm schon auf Grund seines dinglichen Rechts (Eigentum) gewährt werden. Aber auch ein Anderer als der Eigentümer kann Aussonderung fordern.[75]) Grundbedingung ist laut § 43 KO. nur in jedem

[73]) So auch Mentzel a. a. O. § 43/5 b, Abs. 2.
[74]) RG. 84/215, 216, 40/6, 63/307.
[75]) So auch RG. 63/308.

Falle, daß die verlangten Gegenstände dem Gemeinschuldner nicht gehören.

Unter welche der beiden genannten Gruppen schuldrechtlicher Ansprüche der Anspruch des Treugebers gerechnet werden kann, läßt sich nicht leicht entscheiden. Zwar scheint er mangels einer dinglichen Grundlage ein bloßer Verschaffungsanspruch zu sein. Indessen ist er doch eigentümlicher Art und unterscheidet sich von den übrigen Ansprüchen dieser Kategorie. Allen Verschaffungsansprüchen ist gemeinsam, daß sie eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners beanspruchen auf Grund irgendeines Rechts, entweder weil der Geltendmachende dem Gemeinschuldner Dienste geleistet hat, oder vor allem, weil ihm Gegenstände übereignet sind und nun die Gegenleistung des Gemeinschuldners fällig ist. Jedenfalls ist immer für die beanspruchte Gegenleistung eine ungefähr gleichwertige Leistung des Gläubigers in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt.[76]) Eine Ausnahme besteht beim (bindenden) Schenkungsversprechen, worauf im folgenden noch eingegangen wird.

Beim Treuhandgeschäft aber hat der Treugeber selbst eine Leistung (Treugut) in das Vermögen des Gemeinschuldners bewirkt, welche keine „Gegenleistung" im gewöhnlichen Sinne nach sich zieht. Der Treuhänder soll nur gewisse Dienste leisten (Inkasso, Verwaltung, Verkauf usw.), die obendrein meist besonders entschädigt zu werden pflegen, oder es handelt sich um Gefälligkeitsdienste des Treuhänders (von den Fällen der Sicherungsübereignung sei hier abgesehen). Der Wert des Treuhandgeschäfts für den Treugeber kann dabei außer Ansatz bleiben. Es kommt nur auf die Vermögenslage beim Treuhänder an. Bei ihrer Feststellung ergibt sich aber, daß eine rein einseitige Vermögensverschiebung zu Gunsten des Treuhänders erfolgt ist. Dasselbe gilt auch für solche Fälle, in denen das Treugut dem Treuhänder von einem Dritten im Auftrage des Treugebers übereignet wurde. Diese können daher den Normalfällen gleichgestellt werden. — M. E. müssen derartige wirtschaftliche Unterschiede von den Verschaffungsansprüchen den Ausschlag geben. Am klarsten ergibt sich der Gegensatz zwischen Verschaffungs- und Treuhandansprüchen aus dem Vergleich des Treuhandanspuchs mit dem Anspruch aus Schenkungsversprechen. Beide sind persönliche, unentgeltliche An-

[76]) Beispiel: Waren sind dem Gemeinschuldner verkauft und übereignet worden und nun wird der Kaufpreis gefordert. Oder: Waren sind verkauft und der Gemeinschuldner hat Vorleistungspflicht.

sprüche. Während aber der Anspruch aus Schenkungsversprechen auf zukünftige Vornahme eines wirtschaftlichen Erfolgs gerichtet ist, zielt der Treuhandanspruch nur auf die Vollendung eines Wirtschaftsprozesses ab, betrifft nur einen Teil, den Abschluß des ganzen Vorganges. Dadurch unterscheidet er sich aber seiner wirtschaftlichen Struktur nach stark vom Anspruch aus Schenkungsversprechen. Aus diesen Erwägungen heraus muß man zu der Auffassung gelangen, daß Treuhandansprüche nicht unter die Kategorie der Verschaffungsansprüche fallen, sondern zu den Herausgabeansprüchen gerechnet werden müssen. Der Treugeber verlangt das Treugut nicht als Eigentümer, sondern Kraft des Treuhandverhältnisses.

Der Besitz eines Herausgabeanspruchs verschafft dem Treugeber aber noch nicht das gewünschte Aussonderungsrecht. Die Konkursordnung bestimmt zwar in § 43, daß sowohl Ansprüche, die auf dinglichen, als auch solche, die auf persönlichen Rechten beruhen, aussonderungsfähig sind. Hauptbedingung ist aber daß der Anspruch sich gegen einen dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand richtet. Der Aussondernde braucht also nicht selbst Eigentümer des Aussonderungsgutes zu sein, jedoch muß er den Nachweis erbringen, daß das Eigentum am Gut einem andern als dem Gemeinschuldner zusteht. [77]) Wie aber im § 4 II dieser Abhandlung nachgewiesen, ist bei Treuhandgeschäften der Treuhänder Volleigentümer des Treuguts, es gehört zu seinem Vermögen. Damit entfällt jede Möglichkeit, dem Herausgabeanspruch des Treugebers auf dem Wege der Gesetzesanwendung Aussonderungskraft zuzusprechen. Der Charakter des Treuhandgeschäftes, die eindeutigen Willenserklärungen der Parteien lassen nur die Deutung zu, daß das Eigentum am Treugut auf den Treuhänder übergegangen ist.

Wie schon oben gesagt, befriedigt eine Verneinung des Aussonderungsrechts aber keineswegs. Es muß daher versucht werden, ob nicht gegen den Buchstaben des Gesetzes eine Begründung für das Aussonderungsrecht gefunden werden kann. Alle Konstruktionen eines Aussonderungsrechts stellen im Grunde genommen nur Versuche dar, die allgemeine Forderung des Verkehrsbedürfnisses zu erfüllen. Die Mehrzahl der Schriftsteller deutet zu diesem Zweck entweder die Parteiwillenserklärungen um oder gibt dem fiduciarischen Rechtsgeschäft eine andere Auslegung. Da auf diesen Wegen keine einwandfreie Lösung gefunden werden kann, bleibt als letzte Möglichkeit die

[77]) Jaeger Komm. § 43/5 S. 653.

Untersuchung, ob nicht auf Grund anderer Erwägungen dem Verkehrsbedürfnis Folge geleistet werden kann.

Im allgemeinen muß die Forderung aufgestellt werden, daß die Rechtswissenschaft den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen muß — auch gegen den Buchstaben des Gesetzes — soweit dadurch nicht die wirtschaftlich Schwachen, zu deren Schutz die Gesetze hauptsächlich bestehen, geschädigt werden oder zwingende Rechtsgrundsätze entgegenstehen (vergl. § 7). Wie die Betrachtung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten aber gezeigt hat, besteht eine solche ungerechte Schädigung nicht.

Man könnte gegen diese Ansicht, welche also weitgehende Berücksichtigung der Verkehrsbedürfnisse bei der Anwendung der Gesetze fordert, den Einwand erheben, daß es Aufgabe des Gesetzgebers ist, eine möglichst gerechte Regelung zu finden. Kein Gesetz kann gegen Jeden in jedem Fall gerecht wirken, Härten müssen mit in Kauf genommen werden. Wenn also eine gesetzliche Regelung bestehe, verlange die Rechtssicherheit gleiche Anwendung des Gesetzes auch auf unangenehme Fälle.

Dieser Einwand schlägt hier nicht durch. Der Gedanke der Rechtssicherheit ist zwar richtig. Indessen kann bei besonders gelagerten Gruppen von Rechtsgeschäften eine Ausnahme von diesem Prinzip gemacht werden, wenn offenbar ist, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes an sie nicht gedacht hat und die Anwendung des Gesetzes den wirtschaftlichen Bedürfnissen auf's stärkste widerspricht. Diese Voraussetzungen liegen aber vor. Die Entwicklung des Treuhandgeschäftes ist noch nicht abgeschlossen, gegenwärtig hat es noch eine unvollkommene Rechtsform. Treuhandgeschäfte müssen notwendigerweise zur Erreichung der beabsichtigten Zwecke in Form der Eigentumsübertragung abgeschlossen werden. Diese ist aber nur als eine vorübergehende gedacht. Wirtschaftlich gesehen bilden die ganzen Vorgänge einen einheitlichen Wirtschaftsprozeß, der als etwas vorübergehendes behandelt werden muß. Es widerstreitet daher dem Verkehrsbedürfnis, im Falle der Unterbrechung dieses Prozesses durch Konkurs des Treuhänders das Treugut dem Treugeber vorzuenthalten, bloß weil der Treuhänder Eigentümer des Treuguts ist.

Neben diese wirtschaftliche Betrachtung tritt die juristische. Wie schon gesagt, muß der Wille des Gesetzgebers daraufhin geprüft werden, ob er seine Regel (d. h. also den § 43 KO.) ganz allgemein aufgestellt hat, oder ob er Ausnahmen zu-

lassen wollte. Ein besonderes Aufzählen der Ausnahmen im Gesetz braucht dabei nicht notwendig zu erfolgen; es ist besser, wenn der Wortlaut des Gesetzes klar und knapp gehalten ist. Die Aufgabe der Erläuterung erfüllen in heutiger Zeit die Ausführungs- oder Durchführungsbestimmungen, zumeist noch mit Gesetzeskraft ausgestattet. Bei Abfassung der Konkursordnung war dieses Verfahren noch nicht üblich. Umsomehr Wert muß auf die in den Beratungen zum Ausdruck kommende Ansicht der an der Festlegung des Gesetzestextes Beteiligten gelegt werden.

Wie schon bei der Würdigung der Theorien Jaeger's und des Reichsgerichts ausgeführt, enthalten die Beratungsprotokolle[78]) der Kommission für die KO. eine schriftlich fixierte Stellungnahme zum Problem der Behandlung von Treuhandgeschäften. Das Protokoll, welches die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter wiedergibt, hat folgenden Wortlaut:

> „Durch § 35 (entspricht dem jetzigen § 43 KO.) soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung", oder eine ähnliche beschränkende Klausel enthält."

Der Berichterstatter der Kommission wies, ohne Widerspruch zu finden, in der Reichstagssitzung vom 2. Dez. 1876 ausdrücklich auf dieses Protokoll hin unter der Bemerkung „daß damit die Gefahr eines Konfliktes zwischen der Rechtsprechung und den Intentionen des Gesetzes, wenn sie überhaupt bestand, beseitigt werde". (Stenogr. Reichstagsberichte 1876, I/570.)

Diese Feststellung gibt also ohne Zweifel den Willen aller gesetzgebenden Faktoren wieder.[79]) Durch sie wird mit anderen Worten ausgedrückt, daß der Gesetzgeber mit der Wahl des Wortes „gehörig"[80]) nicht immer den Sinn „zum Eigentum haben" verbunden sehen wollte. Veranlassung zu dieser Festlegung wird wohl auch das allgemeine Rechtsempfinden der

---

[78]) Vergl. Protokolle S. 28 ff., 127 ff. 163 ff. 172.

[79]) Vergl. auch RG. 45/85 ff.

[80]) OLG. Hamburg 11/359 bemängelt auch den unjuristischen Ausdruck »gehörig«.

unbilligen Härte einer allzustrengen Auslegung des § 43 KO. gewesen sein. Vor allem aber gibt sie dem Juristen die Berechtigung, bei den Treuhandgeschäften die Bedürfnisse des Verkehrs zu berücksichtigen, d. h. also dem Herausgeberanspruch des Treugebers Aussonderungskraft zu geben, trotzdem das Eigentum am Treugut dem Gemeinschuldner zusteht. Der Widerstand von Goltz a. a. O. S. 80 gegen die Heranziehung des Protokolls ist also unberechtigt.

Indessen halte ich die von der Kommission gegebene Aufzählung aussonderungsfähiger Treuhandgeschäfte für unmaßgeblich. Sie betraf die damaligen Hauptarten des Treuhandgeschäftes. Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Verallgemeinerung auf alle Arten von Treuhandgeschäften trifft aber auch nicht das Richtige. Zwar darf nicht nach der individuellen Lage des einzelnen Falles — also nach Gefühls- oder Gerechtigkeitsmomenten — unterschieden werden. Ein solches Vorgehen würde dem Prinzip der Rechtssicherheit widersprechen. Hingegen bleibt zu prüfen, ob nicht bei gewissen Arten des Treuhandgeschäftes das Verkehrsbedürfnis gegenüber zwingenden Rechtsvorschriften zurückzutreten hat. Dieser Untersuchung sollen die nächsten Abschnitte dieser Abhandlung gewidmet sein.

Jaeger macht in Kommentar § 43 Anmerk. 40 eine Unterscheidung zwischen Vermögen des Gemeinschuldners und Zugriffsmasse, zu der Treugut nicht gehöre. Wenn auch für ihn diese Unterscheidung eine rein begriffliche ist (vergleiche Anmerkung 41, wo wieder auf „dinglich" das Schwergewicht gelegt wird), ist sie doch beachtenswert und gibt ein klares Bild der Sachlage.

Zusammenfassend kann demnach der hier vertretenen Ansicht folgende Fassung gegeben werden:

> Der Anspruch des Treugebers auf das Treugut ist seiner Rechtsnatur nach ein Herausgabeanspruch. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann ihm keine Aussonderungskraft zugestanden werden. Diese Folgerung entspricht indes keineswe g den Bedürfnissen des Verkehrs. Die Beratungsprotokolle sowie allgemeine wirtschaftliche Erwägungen berechtigen aber dazu, dem Verkehrsbedürfnis stattzugeben und dementsprechend im allgemeinen dem Herausgabeanspruch des Treugebers Aussonderungskraft zuzubilligen.

§ 6.

Die Fälle der Sicherungsübereignung.

Die Sicherungsübereignung oder eigennützige Treuhänderschaft (Jaeger) ist eine der häufigsten Anwendungsformen des fiduciarischen Rechtsgeschäfts. Zur Sicherung des persönlichen Anspruchs überträgt der Schuldner (Treugeber) seinem Gläubiger (Treuhänder) einen Vermögensgegenstand (Treugut) zum Eigentum. Der Gläubiger übernimmt die Verpflichtung, den Gegenstand nach Befriedigung seiner Forderung dem Schuldner wieder zu übereignen. Voraussetzung zur Gültigkeit ist natürlich wie immer die ernstliche Absicht der Eigentumsübertragung. Durch die Uebernahme der Rückübereignungspflicht wird der Vorgang zu einem Treuhandgeschäft.[81]) Diese Sicherungsübereignung macht den Gläubiger zum wirklichen Eigentümer auch im Innenverhältnis. Allerdings wird, wie Ackermann a. a. O. S. 40 hervorhebt, der Schuldner den Eigentumsübergang immer für einen vorübergehenden Zustand halten.

Die Sicherungsübereignung kann auf zweierlei Art vorgenommen werden. Früher wählte man immer die Form des Sicherungskaufs. Die Uebereignung vollzieht sich hierbei in der Form des Kaufes, wobei die geschuldete Forderung als Kaufpreis gerechnet wird und zugleich der Verkäufer (Schuldner) ein Rückkaufsrecht erhält. Heute bedient man sich ausschließlich der oben im Beispiel gegebenen einfacheren Form, weil sie im Konkursfalle, wie später auszuführen ist, dem Schuldner bessere Sicherheit gewährt. Die Sicherungsübereignung selbst kommt wiederum in zwei Formen vor: als reine Sicherungsübereignung, wobei der Gläubiger Eigentum und Besitz des Treuguts übertragen erhält, und als unechte Sicherungsübereignung, bei der der Treugeber den Besitz des Treuguts mittels constitutum possessorium vom neuen Eigentümer belassen bekommt — die weitaus häufigste Art. Der innere Grund zur Beliebtheit der Sicherungsübereignung ist darin zu sehen, daß das BGB. die Mobiliar-Hypothek verboten hat. Dadurch war eine Sicherung eigentlich nur in Form der Verpfändung möglich. Da diese nach § 1205 BGB aber stets den Besitz des Pfandes durch den Pfandgläubiger bedingt, ist damit den Interessen namentlich der kleineren Leute nicht gedient, für welche der Besitz ihrer Sachen (Möbel, Arbeitsmaschinen) lebensnot-

[81]) So Staub-Koenige a. a. O. § 368 HBG., RG. 62/180, 84/27, 89/195, 91/279, 94/308, in JW. 11/181

wendig ist. Als Ausweg in diesen Schwierigkeiten dient die Sicherungsübereignung mit Besitzbelassung für den Schuldner.

Der Hauptunterschied von den sonstigen fiduciarischen Geschäften liegt in dem Interesse, das der Treuhänder an dem Geschäft hat; daher nennt man die Sicherungsübereignung auch wohl eigennützige Treuhänderschaft. Als Vermögensstücke können Sachen und Forderungen aller Art dienen. Sehr oft wird auch die Uebereignung von Buchforderungen angewandt. Der Kaufmann tritt an seinen Geldgeber in seinen Büchern verzeichnete Schulden seiner Kunden ab. Dieser diskontiert ihm die Beträge, d. h. er zahlt ihm nach Abzug von Diskont und Provision die jetzt noch nicht fälligen Forderungen schon aus. Ein anderer Fall von Sicherungsübereignung ist der sogenannte Sicherungswechsel, auch Kautions- oder Depotwechsel genannt. [82]) Der Kreditbedürftige oder der Geldgeber stellt einen Wechsel für eine noch nicht bestehende, aber künftig mögliche Schuld aus, lautend auf die höchste Summe, die als Schuld in Frage kommen kann. Gleichzeitig vereinbaren die Parteien, daß der Wechsel später nur in Höhe der wirklichen Schuld geltend gemacht werden soll. Ueber die Besonderheiten bei Abtreten von Forderungen, insbesondere ihre rechtliche Würdigung siehe § 8 dieser Abhandlung.

Die Berechtigung der Sicherungsübereignung ist trotz ihrer allgemeinen Anwendung wegen der damit verbundenen Gefahren stark bestritten worden. Hellwig [83]) meint, daß die Vorschriften des BGB. über Pfandrecht durch sie umgangen würden und eine solche Umgehung dem Sinne des Gesetzes nicht entspreche. Er stützt sich dabei vor allem auf Otto Bähr, [84]) der entgegen der ursprünglichen Reichsgerichtsansicht den Standpunkt vertrat, daß man den Hebel zur Ungültigkeitserklärung der Sicherungsübereignung nicht bei der Uebereignung selbst ansetzen dürfte — diese sei meist ernst gemeint — sondern bei der Tatsache der Gesetzumgehung, da das Gesetz eine Verpfändung ohne wirkliche Besitzübertragung ohne Wirkung bleiben lasse. Hellwig zieht hieraus den Schluß, daß das BGB. die Verkehrssicherheit über das Kreditbedürfnis der kleinen Leute stelle. Der § 1205 BGB. gehöre zu den sogenannten privatrechtlichen Verbotsgesetzen, da durch ihn an sich zulässige Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt würden. Es sei ein allgemeiner

[82]) Goltz a. a. O. S. 83, Stauffacher a. a. O. S. 57.
[83]) Gläubigernot S. 27.
[84]) A. a. O. S. 52 ff.

Grundsatz, daß von derartigen Verboten auch bestimmte Umgehungsgeschäfte getroffen würden, nämlich solche, die nur eine andere Rechtsform mit demselben wirtschaftlichen Ergebnis darstellten. Das Verbot des Gesetzgebers beziehe sich also, wie RG. 44/112 zutreffend ausführe, nicht auf die betreffende Rechtsform, sondern auf das wirtschaftliche Ziel (die von Hellwig angegriffene Sicherungsübereignung ist die sog. unechte). [85])

Die Mehrzahl der Schriftsteller [86]) leugnet dagegen das Verbot einer solchen Gesetzumgehung. Weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte, so sagt RG. 59/148, bezeugen, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen nur nach § 1205 BGB., also nach den Vorschriften des Pfandrechts erfolgen darf. Außerdem sei auch die unechte Sicherungsübereignung gesetzlich anerkannt (§ 223 II BGB.). Vor allem aber will das Reichsgericht die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz der kleinen Leute gesichert sehen, welche beim Pfandrecht durch die obligatorische Besitzübertragung gefährdet würde. (RG. 62/130.) Diese Gefährdung der kleinen Leute hat auch Kohler zur Meinungswandlung veranlaßt (vergleiche Leitfaden S. 201); er sieht heute die durch die Sicherungsübereignung herbeigeführten Mißlichkeiten im Vergleich zu den durch das Verbot der Mobiliarhypothek entstandenen für gering an.

Hellwig hält den Schluß des Reichsgerichts, daß im § 223 II BGB. jede Art von Sicherungsübereignung gemeint sei, für unbegründet. Ueber die Auslegung dieses Paragraphens kann man streiten, ohne daß damit für die allein mögliche Auffassung der durchschlagende Beweis erbracht werden kann. Sie ist auch nicht so wichtig im Vergleich zur Auslegung des § 1205 BGB. Hier ist die reichsgerichtliche Auffassung als die allein richtige anzusehen.

Das BGB. gibt im Sachenrecht eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte, wozu auch das Pfandrecht gehört. Damit schließt es aber die Bildung obligatorischer Rechte, (für die ja Vertragsfreiheit herrscht) unter Benutzung von Sachrechten nicht aus. Weshalb soll daher vom rein juristischen Standpunkt aus den Parteien verboten sein, zur Herbeiführung einer Sicherung sich der sachenrechtlichen Form des Eigentums zu bedienen,

---

[85]) Neben Hellwig und Bähr (s. auch Hellwig Arch.Z.Pr. 64/371) früher Kohler Jehr. Jahr. 16/61 ff. 173; Wilutzky a. a. O. 220 ff., Goltz a. a. O. S. 32 und v. Thur II, 2, 197.

[86]) Dernburg Bg. R. I/503, III § 263, I. Planck a. a. O. III § 12 105, I. Cosack a. a. O. BGB. I, 2 § 244, Crome a. a. O. I/333, III/815, Jaeger Komm. § 43/40, § 48/13, Düringer-Hachenburg HBG. Vorb. 12 zu § 368, Kriegsmann a. a. O. S. 77 und Oppenheimer a. a. O. S. 41.

und dieser zur Wahrung der schuldnerischen Ansprüche eine obligatorische Verpflichtung zur Rückübertragung anzugliedern? Der § 1205 BGB. steht unter den Bestimmungen des Pfandrechts, er besagt im Wortlaut, daß ein Pfandrecht nur in der angegebenen Weise bestellt werden kann. Die Parteien wollen aber bei der Sicherungsübereignung kein Pfandrecht bestellen, sondern vollziehen eine regelrechte Uebereignung. Es hat keinen Sinn, das Treuhandgeschäft mit allen möglichen halbwegs verwandten sachenrechtlichen Formen zu vergleichen. Selbst wirtschaftlich entsteht kein Pfandrecht, denn der Schuldner bleibt im Besitze des Gegenstandes, er steht daher auch wirtschaftlich ganz anders da als beim Pfandrecht. Es entsteht eben ein Treuhandverhältnis (so auch Staub-Koenige a. a. O. § 368/99), und dieses ist selbst als Sicherung nicht verboten. Einige Schriftsteller [87]) halten die Sicherungsübereignung auch für eine gesetzliche Umgehung, indessen habe sie durch konstante Rechtsprechung gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden; die Praxis mache den Fehler des Gesetzgebers wieder gut. Dies wird von v. Thur a. a. O. II, 2 S. 197 wegen der kurzen Lebensdauer des vermeintlichen Gewohnheitsrechts abgelehnt. Wie oben dargetan, bedarf es auch hier nicht dieser ultima ratio der Beweisführung beim Treuhandgeschäft.

Die Motive Hellwigs, die ihn zu seiner Ansicht veranlaßt haben, vor allem die Gläubigernot, d. h. die Sicherstellung einzelner Gläubiger auf Kosten der anderen, die Unklarheiten der Rechtslage infolge des Besitzes des Schuldners, sind berechtigt und anerkennenswert. Auch Jaeger weist auf die besonders in der Nachkriegszeit bei der Sicherungsübereignung entstandenen Schäden hin. [88]) Trotzdem besteht keine Veranlassung, die Gläubiger durch Verbot der Sicherungsübereignung zu schützen. [89]) Die Vertragsfreiheit ist eine Folge des wirtschaftlichen Liberalismus, ihre Schäden müssen angesichts ihrer Vorteile in Kauf genommen werden. Unsere Gesetze kennen außerhalb des Konkurses keine selbständig eintretende Sicherstellung der Gläubiger. Mag daher jeder bei faulen Schuldnern frühzeitig auf Sicherung bedacht sein, man kann aber nicht verlangen, daß das Gesetz für ihn den Aufpasser spielt. [9]) Ueberdies liegt im Kreditbedürfnis der kleinen Leute noch keine Gefahr für ihre

---

[87]) Staub-Koenige a. a. O. § 368/94, Wolff a. a. O. § 163 I, Ib A. 15.

[88]) Leitfaden S. 78 Fußn, 6,

[89]) Verbesserungsvorschläge s. Abschn. III.

[90]) Anders von Thur, der in Anmerk. 64 eine Verhaftung des Vermögens für alle Gläubiger behauptet; ebenso: mit dem Eigentum sei nichts gegen Analogie = (Aehnlichkeit) bewiesen. Dafür bestehen aber keinerlei Anhaltspunkte.

Gläubiger. Unser heutiges Wirtschaftsleben ist ja zum größten Teil auf Kredit aufgebaut, nicht nur bei kleinen Leuten und ohne ihre Schuld.

Noch einige Worte über die Folgen der Sicherungsübereignung. Regelmäßig soll laut Parteivereinbarung der Treuhänder das Treugut zu seiner Befriedigung erst dann verwenden, wenn der Treugeber die gesicherte Forderung nicht zahlt. Daraus folgt, daß mit der Vornahme der Sicherungsübereignung allein die gesicherte Forderung nicht erlischt. Bei der früher vorherrschenden Form des Sicherungskaufs ist dies anders. Kaufpreis und Forderung werden gegeneinander aufgerechnet,[91]) wodurch auch etwaige anderweitig bestellte Sicherheiten der Forderung (Bürgschaft etc.) natürlich erlöschen. Die Aufrechnung ist zwar infolge der ausbedungenen Rückkaufspflicht oder des Rechts darauf nur eine vorläufige, aber die gesicherte Forderung ist damit erloschen. Der Sicherungskauf kann daher nicht als Treuhandgeschäft angesehen werden; über seine Folgen im Konkurs vergl. weiter unten.

Die Sicherungsübereignung erfordert, wie jede Uebereignung, Einigung und Uebergabe, wobei letztere meist durch constitum possessorium ersetzt wird (BGB. §§ 930, 868). Ein gutgläubiger Treuhänder erwirbt immer Eigentum, selbst wenn das Treugut dem Treugeber nicht gehören sollte.

Wie oben in § 5 festgestellt wurde, entstehen im allgemeinen bei Konkurs des Treugebers für den Treuhänder keinerlei Schwierigkeiten. Bei der unechten Sicherungsübereignung wird aber infolge des treugeberischen Besitzes des Treuguts der Treuhändergläubiger in Mitleidenschaft gezogen. Das Treugut wird durch die Konkursbeschlagnahme zunächst Bestandteil der Masse. Der Treuhänder muß nun seine Rechte geltend machen. Er ist vollgültiger Eigentümer des Treuguts, während der Treugeber nur Besitzer ist, das Treugut gehört ihm nicht mehr. Somit sind alle Voraussetzungen des § 43 gegeben, dem Treuhänder steht daher ein Aussonderungsrecht am Treugut zu.

Diese notwendig sich aufdrängende Ueberzeugung wird von der Mehrzahl der Schriftsteller nicht geteilt. Man bestreitet auf einmal die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung im Konkurs des Treugebers und will dem Treuhänder ähnlich wie dem Pfandrechtsgläubiger nur ein Absonderungsrecht gewähren. Die Begründungen sind nicht einheitlich; das Reichsgericht (in LZ 10/158) nimmt wieder den bekannten Vermögensbegriff als

[91]) Staub-Koenige a. a. O. Vorb. 51 zu § 373 HGB.

Ausgangspunkt, das Treugut stehe noch im Vermögen des Schuldners (wirtschaftlich). Sein Hauptargument ist aber die Aehnlichkeit der Sicherungsübereignung mit dem Pfandrecht, nach ihm nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine juristische. Diese wird eingehend begründet und dann der Schluß gezogen: da die Rückübertragungspflicht und das Befriedigungsrecht mit den entsprechenden Rechten und Pflichten des Pfandgläubigers so nahe verwandt sind, läßt sich entsprechende Anwendung des § 64 KO. rechtfertigen [92]).

Diese Beweisführung läßt sich leicht widerlegen. Ueber Vermögen ist bereits genug gesagt worden, überdies sind die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Sicherungsübereignung andere. Es läßt sich zwar eine gewisse Aehnlichkeit zwischen Pfandrecht und Sicherungsübereignung nicht von der Hand weisen — beide sind Mittel zur Sicherung des Gläubigers — aber dieser gemeinsame Ausgangspunkt ist ihre einzige Aehnlichkeit, weder eine wirtschaftliche noch eine juristische kann daneben noch nachgewiesen werden [93]). Gerade in der Verschiedenheit der Wirkung (gegenüber dem Pfandrecht) für beide Parteien liegt ihr Wert und der Grund ihrer Bevorzugung. Merkwürdig an der Begründung des Reichsgerichts ist aber auch, daß heute Analogie zum Pfandrecht bejaht wird, während früher bei der Verteidigung der Sicherungsübereignung eine Umgehung der Pfandrechtsvorschriften verneint wurde [94]).

Jaeger Komm. § 48/13 konstruiert anders. Er benutzt zunächst die Erscheinung, daß der abgesonderte Gegenstand zur Vornahme der Befriedigung des Berechtigten erst aus der Konkursmasse „ausgesondert" werden muß. Hiermit begründet er dann seine Ansicht, daß mit dem Hinweis auf ein Aussonderungsrecht des Gläubigers die Unanwendbarkeit der Absonderungsgrundsätze noch nicht bewiesen sei [95]). Vor allem aber versucht er unter Zuhilfenahme des § 64 KO. zu beweisen, daß nicht nur dessen Prinzip, sondern auch die Grundsätze der §§ 4, 48, 153, 156, 168/3, 169, 193 KO. auf die Fälle der Sicherungsübereignung angewendet werden müssten. Da der Treuhändergläubiger durch die Sicherungsübereignung für seine Forderung gedeckt sei, ließe es sich mit dem Grundsatz des § 64 KO. nicht

---

[92]) so RG. 91/280, in LZ, 10/158, in Recht 19/2588, neuestens in JW, 1928/63 Nr. 12. OLG. Dresden 15/239, Schöninger Arch.Z.Pr. 96/198, Fischer a. a. O. S. 79. Hoeninger Diskontierung S. 45 ff., Jaeger Komm. § 48/13, Leitfaden S. 78, Staub-Koenige a. a. O. 368/111.

[93]) Wolff a. a. O. § 163 I, 1d auch gegen Analogie zum Pfandrecht.

[94]) Auch v. Wolff a. a. O. § 163 Anm. 14 als nicht folgerichtig gerügt.

[95]) so auch Wolff a. a. O. § 163 I 1d.

vereinen, daß er nun „bei Konkursverteilungen mit dem vollen Betrage seiner Konkursforderung konkurriere". Daher könne dem Treuhänder nur ein Absonderungsrecht zugebilligt werden.

Diese Beweisführung ist etwas eigenartig. Jaeger löst den § 64 KO. aus dem Zusammenhang und stempelt ihn zu einem über Absonderungsfragen hinausreichenden Prinzip, mit dem er dann eine Pflicht zur Anwendung der Absonderungsvorschriften nachweist. Gesetzlich ist dies keineswegs berechtigt. Daher schlug der 31. Deutsche Juristentag eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung ihrer Anwendung vor.[96]) Aber auch sonst ist keine Möglichkeit dazu ersichtlich. Man kann nicht auf diese Art die Gültigkeit von Rechtsnormen erweitern und erst recht nicht damit Rechte erzeugen. Denn das Bestehen eines Absonderungsrechtes würde für den Konkursverwalter bedeuten, daß er das Treugut als einen zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstand behandeln kann, also z. B. dessen Veräußerung mittelbar erzwingen. Damit ständen ihm aber größere Rechte zu als dem Gemeinschuldner.[97]) Die Ansichten der genannten Schriftsteller sind daher abzulehnen.[98]) Zugegeben sei, daß die Anwendung des Prinzips des § 64 KO. einem praktischen Bedürfnis entsprechen würde (Petersen). Damit dürfen aber die juristischen Verhältnisse noch nicht auf den Kopf gestellt werden, besonders wenn sich ein anderweitiger Ausweg bietet. Der Treuhänder hat Sicherheit für seine Forderung erhalten. Diese ist nicht ungültig. Warum soll sie ihm jetzt genommen und durch das Absonderungsrecht ersetzt werden? Das ist nicht notwendig. Auf Grund seines Eigentums am Treugut muß daher dem Treuhänder im Konkurs des Treugebers ein Aussonderungsrecht zugestanden werden. Es besteht zwar keine direkte Verpflichtung für ihn, sich aus dem Treugut zu befriedigen, er könnte daher an sich seine Forderung voll und ganz anmelden. Jedoch wird aus dem Treuhandvertrag eine solche meist herausgelesen werden können. Der Treugeber darf sich nach ihm aus dem Treugut befriedigen, wenn seine Forderung nicht bezahlt wird. Der Zweck des Treuhandvertrags ist also nicht nur Sicherung, sondern gegebenenfalls auch Befriedigung. Durch diesen wirtschaftlichen Hintergrund der Eigentumsübertragung wird folgende Einschränkung des Aussonderungsrechts gerechtfertigt: Der Konkursverwalter kann bei der Anmeldung der Forderung des Treuhänders die Einrede geltend

[96]) Verhandlungen des 31. D. Jurist. Tags I/18. 258.

[97]) So Petersen-Kleinfeller a. a. O. § 64/1.

[98]) So neben Petersen auch v. Sarwey-Bossert Ackermann a.a. O.S. 63/64, Enneccerus I, 1 § 132/12.

machen, daß dieser sich erst aus dem Treugut befriedigen solle, also nur seinen eventl. Ausfall anmelden darf. Mit dem gleichen Einwand würde ja auch der säumige Schuldner gegen seinen auf Leistung oder Schadenersatz klagenden Gläubiger auftreten, da nach dem Treuhandvertrag bei Nichtzahlung das Treugut als Ersatz der Zahlung dienen soll. Fällt aber der Schuldner in Konkurs, so ist erst recht zu erwarten, daß er nicht zahlen kann.

Diese Auslegung unterliegt keinem Bedenken [99]) und befriedigt auch das praktische Bedürfnis sowie die Billigkeit [100]). Die Aussonderung kann vom Konkursverwalter gegen Zahlung der Forderung abgewendet werden, denn der Treuhandvertrag wird durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben, sondern nur die etwaig betagte Forderung gilt laut § 65 KO. als fällig (so auch Ackermann a. a. O. S. 64). Dies ist dann günstiger, wenn das Treugut wertvoller als die durch es gesicherte Forderung ist. Verwertet der Gläubiger selber das Treugut, so kann der Konkursverwalter den Mehrerlös zur Masse fordern.

Beim Konkurs des Treuhänders geht die herrschende Ansicht dahin [101]), daß dem Treugeber ein eingeschränktes Aussonderungsrecht zu gewähren ist. Die Einschränkung ergibt sich aus dem Inhalt des Uebereignungsvertrages. Die Uebereignung dient als Sicherheit für eine Forderung des Treuhänders. Das Treugut interessiert ihn nur in zweiter Linie. Wird seine Forderung erfüllt, so erlischt auch sein Interesse an der Sicherung. Es ist daher die Ansicht gerechtfertigt, daß der Konkursverwalter des Treuhänders das Treugut nur gegen Zahlung der durch es gesicherten Forderung freizugeben braucht. Diese Entscheidung entspricht zweifellos auch den Interessen der Konkursgläubiger, denen die Sammlung und Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners am meisten angelegen sein wird. Ebenso ist dem Verkehrsbedürfnis und der Billigkeit Genüge geschehen.

Erfolgte dagegen die Befriedigung der Forderung bereits vor Eröffnung des Konkurses, so fällt die Einschränkung des Aussonderungsrechtes naturgemäß weg, da das Treugut sich nur infolge außerhalb des Treuhandgeschäfts liegender Gründe noch in der Masse befindet.

---

[99]) Aehnlich auch Petersen im Gegensatz zu von Sarwey-Bossert, welcher volle Geltendmachung zuläßt.

[100]) Der praktische Unterschied von der Absonderung ist übrigens nur ein geringer. Indessen muß um der juristischen Schärfe willen richtig unterschieden werden.

[101]) RG. 79/122, 91/280/12, 94/307, in JW. 15/929, 16, Staub-Koenige, a. a. O. § 368/14, Jaeger Komm. § 43 Anm. 42. A. A. Marck, Sicherungsübereignung 1817 S. 111.

Beim Sicherungskauf dagegen kann dem Rückkaufsberechtigten ein Aussonderungsrecht nicht zugestanden werden, ausgenommen für den Fall, wenn ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers (Schuldner) besteht [102]). Die ursprüngliche Forderung ist ja mit der Aufrechnung erloschen. Dem Verkäufer steht demnach eine bloße Konkursforderung auf Schadenersatz zu, aber auch nur in Höhe des Ueberwertes des veräußerten Gegenstandes über der Forderung.

Ein besonderer Fall sei hier noch erwähnt. Oft kommt es vor, daß der in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Schuldner zur Abwendung des Konkurses sein ganzes Vermögen auf einen Vertrauensmann [103]) überträgt, der die Verteilung auf die Gläubiger vornehmen soll. Tritt der Konkurs nun doch ein, so ist damit die Aufgabe des Treuhänders beendet, das Vermögen muß an die Konkursmasse zurückgewährt werden. Diese Folgerung ergibt sich aus der Natur des abgeschlossenen Treuhandvertrags, welcher nur zur Herbeiführung einer gerechten Verteilung dienen sollte. Dessen Aufgabe übernimmt aber jetzt das gesetzliche Konkursverfahren und kann sie auch besser lösen [104]/[105]).

§ 7.

Die Behandlung von Liegenschaftsrechten.

Unter Liegenschaftsrechten versteht man die dinglichen Rechte an Grundstücken. Im allgemeinen werden diese trotz ihrer verschiedenartigen Wirkungen untereinander gleich behandelt. Die Aussonderung von dinglichen Rechten an Grundstücken hat bisher noch keine eingehende Behandlung gefunden [106]). Grundstücke und Mobilien werden von allen Anhängern des Aussonderungsrechtes stets einander gleichgesetzt. Im folgenden soll nun untersucht werden, ob eine solche gleichartige Behandlung angesichts der strafferen Regeln unseres Rechts bei Grundstücken gerechtfertigt ist.

Grundstücke als Treugut spielen eine verhältnismäßig bedeutende Rolle. Es sei auf die Fälle verwiesen, wo der Treuhänder ein Grundstück wohlfeil verkaufen soll, wo statt des nicht-

[102]) so auch Dernburg BGB II § 198 II, Staub-Koenige a. a. O. Vorb. 53 vor § 373 HGB.

[103]) auch Treuhänder, oft eine Treuhandgesellschaft vergl. Grünschild, die Treuhänderschaft 1914.

[104]) Der Konkursverwalter kann z. B. von den Anfechtungsparagraphen Gebrauch machen. Ebenso treten die Folgen des § 65 KO. ein.

[105]) So auch Staub-Koenige a. a. O. § 368/111, Grünschild.

[106]) Vergl. RG. 45/80, Jaeger Komm. § 43/45, Stauffacher a. a. O. S. 80, Fischbach a. a. O. S. 243, Kohler a. a. O. S. 118 (selbstvert. Aussonderung) Weinberger a. a. O. S. 432 N. 4, die sich alle auf kurze Bemerkungen beschränken.

rechtsfähigen Vereins ein Mitglied desselben ein Grundstück für den Verein erwirbt [107]). Im Mittelalter war (laut Fischbach a. a. O. S. 45) der treuhänderische Grundstücksverkehr durch Zulässigkeit der bedingten Auflassung wesentlich erleichtert und spielte nicht nur bei der affatomie (vergl. S. 15), sondern auch besonders dort eine Rolle, wo Nichtbürgern der Grundstückserwerb innerhalb der Stadt nicht gestattet wurde. Das BGB. kennt keine bedingte Auflassung (§ 925); eine dingliche Sicherung des Treugebers ist nur in der Form der Eintragung einer Vormerkung möglich (näheres über dieses S. 59).

Unser heutiges Grundstücksrecht bedient sich zum Nachweis von Rechten des Grundbuches. Dieses sichert die dinglichen Rechte um ihrer selbst willen, es ist kein bloßes Hypothekenbuch mehr; durch den Ausweis des Grundbuchs werden z. B. Inhaber von dinglichen Rechten wie auch redliche Erwerber hinsichtlich Rechtsform und Inhalt gegen Ansprüche Dritter geschützt. Eine Reihe strenger Formvorschriften sichert die praktische Durchführung dieses Schutzes. Liegenschaftsrechte als Treugut kommen am häufigsten in der Form des Eigentums vor. Im folgenden seien daher diese Fälle als Beispiel zugrunde gelegt.

Die Interessenlage ist bei Grundstücken die gleiche wie bei Mobilien, dagegen hat die Rechtslage sich geändert, weil im Grundstücksrecht weitergehende Vorschriften gelten. Die Rechtsstellung des Treugebers scheint auf den ersten Blick die gleiche wie sonst zu sein. Er hat sein Eigentum am Treugut-Grundstück formgerecht auf den Treuhänder übertragen. Sein Anspruch aus dem Treuhandvertrag auf Rückübertragung nach beendeter Verwaltung, auf den Erlös bei Verkaufsabredung und dergl. ist infolge seiner obligatorischen Natur nicht eintragungsfähig.

Entstehung, Aenderung und Untergang von dinglichen Rechten beruht zumeist auf Vertrag, dem sogenannten Kausalgeschäft. Daneben verlangt das Gesetz zur Herbeiführung einer rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung, z. B. zur Eigentumsübertragung, die Einigung des Erwerbers und des Veräußerers über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung derselben in das Grundbuch. Einigung und Eintragung sind ein abstrakter, dinglicher Vertrag, das Leistungsgeschäft ist von dem Bestand des Kausalgeschäftes (Kauf z. B.) unabhängig und wird von einer

[107]) Vergl. auch die Jaeger'schen Beispiele Anm. 45.

Nichtigkeit des Kausalgeschäftes nicht berührt. Das übertragende Liegenschaftsrecht kann nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden. Die Einigung bedarf, um bindend zu werden, der gerichtlichen oder notariellen Form; bei Mangel derselben ist sie nach außen noch nicht wirksam, der Käufer z. B. kann noch keine Eintragung beim Grundbuchamt beantragen. Bis zur Beurkundung kann sie von beiden Teilen widerrufen werden, ebenso wird sie im Konkurs durch die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners geradezu unwirksam. Das Kausalgeschäft, der schuldrechtliche Vertrag, enthält nur die Gründe zum Abschluß des dinglichen Geschäfts, denen aber keine Bedeutung für dessen Gültigkeit zukommt [108]).

Nun mag oft dem Treuhandvertrag die Auslegung gegeben werden, als sei die Einigung über die Rückübertragung des Eigentums in ihm enthalten. Aus dem oben Gesagten ergibt sich aber, daß hierdurch ein dinglicher Erfolg noch nicht herbeigeführt wird. Ein Treuhandvertrag, z.B. auf Rückübertragung eines Treugutgrundstücks nach Beendigung der Weltreise, ist als rein obligatorischer Vertrag nicht eintragungsfähig und genießt daher auch nicht den Schutz der Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken. Ein solcher Schutz ließe sich nur durch die Eintragung einer Vormerkung herbeiführen, auf die aber zumeist verzichtet wird (s. u.). Hieraus ergibt sich somit, daß der Treugeber keinerlei dinglich wirksame und geschützte Rechte besitzt.

Die Rechtsstellung der Konkursgläubiger ist bei Grundstücken eine bessere. Bei den allgemeinen Darlegungen über ihre Rechte im § 5 kamen wir zu dem Ergebnis, daß ihrem etwaigen guten Glauben hinsichtlich des Eigentums des Treuhänders am Treugut keine Bedeutung zukommen kann. Das Prinzip des guten Glaubens ist eben in seiner Anwendung auf den redlichen Erwerber einer Sache oder eines Rechtes beschränkt. Die §§ 932 ff. geben nur Vorschriften zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers, dehnen aber den Schutz nicht allgemein auf jeden Dritten aus. Ebenso besagt § 892 BGB. für Grundstücke, daß zu Gunsten eines Gutgläubigen, der ein Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuches als richtig gilt. Wie im § 5 aber festgestellt wurde, erwerben die Gläubiger keine Rechte am Vermögen des Gemeinschuldners, zum anderen wäre ein solcher Erwerb kein Rechtsgeschäft [109]). Infolgedessen

[108]) Wolff a. a. O. § 38 IV.

[109]) Vergl. Staudinger a. a. O. § 892 II B I b, Cosack II, 1 § 3 I.

können die Vorschriften der §§ 932 ff. und § 892, 893 keine Anwendung finden.

Das Grundbuchrecht kennt aber neben dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers in §§ 892, 893 noch einen allgemeinen Schutz durch die Vermutung des § 891 HGB. Nach § 891 wird vermutet, daß für den im Grundbuch Eingetragenen das Recht auch besteht, bei Löschung des Rechts, daß es nicht besteht. Es bedarf nun einer eingehenden Untersuchung, ob dieser Grundsatz den Konkursgläubigern irgendwelchen Rechtsschutz verschafft.

Das BGB. hat das Prinzip der formalen Rechtskraft abgelehnt [110]). Der Inhalt des Grundbuchs gilt nicht schlechthin als richtig, besteht eine materielle Unrichtigkeit, so kann jeder Interessent die Richtigstellung des Grundbuchs beantragen, die dann von Amtswegen erfolgen muß. Im Grundbuch stand in den meisten Fällen ursprünglich der Treugeber als Eigentümer eingetragen. Sein Recht ist jetzt gelöscht. Damit gilt es nicht nur formell, sondern laut § 891 II auch materiell als erloschen [111]). Der jetzt als Eigentümer eingetragene Treuhänder ist dadurch z. B. zur Einlassung auf jeden gegen ihn zulässigen Anspruch verpflichtet [112]).

Der Begriff der Vermutung im § 891 BGB. geht über den gewöhnlichen Begriff der Zivilprozeßordnung hinaus [113]). Er erstreckt sich nicht nur auf bloße Tatsachen, sondern auch auf die durch sie bewirkten Rechtsänderungen. In unserem Falle wird das Bestehen des Eigentumsrechts des Treuhänders vermutet. Diese Vermutung gilt nicht nur zu seinen Gunsten, sondern auch gegen ihn, sowie für und gegen jedermann. Nach herrschender Ansicht [114]) kann sich jeder, der ein Interesse am bestehenden Recht hat, auf sie berufen, umgekehrt muß sie jeder, auch der Treugeber gegen sich gelten lassen (Jahrbuch der Kammergerichtsentscheidungen 40/265). Zu diesen Interessenten gehören naturgemäß die Konkursgläubiger, für sie und ihre Befriedigung ist es von hohem Wert, ob das Treugutgrundstück im Eigentum des Treugebers steht und damit zur verteilungsfähigen Masse gehört. Es besteht kein Grund, sie von den Wirkungen der Vermutung auszuschließen. Die weitere Bedeutung

---

[110]) Staudinger a. a. O. § 891 S. 211.

[111]) Staudinger a. a. O. S. 212 b: Eine Vermutung, daß das gelöschte Recht bestand, während es eingetragen war, kennt das Gesetz nicht.

[112]) OLG. Dresden 8/186.

[113]) Staudinger III § 891 S. 212.

[114]) Cosack a. a. O. BGB. S. 123, Staudinger a. a. O., Crome a. a. O. § 372, 1, Schreuer a. a. O. S. 139, Wolff a. a. O. § 45 II.

der Vermutung des § 891 liegt auf dem prozessualen Gebiet [115]). Die Vermutung gilt nur bis zum Beweise des Gegenteils. Wer aber die Vermutung entkräften will, muß die Beweislast tragen; wer behauptet, daß das eingetragene Recht einem anderen zusteht, muss den Beweis führen.

Bei Treuhandgeschäften können die Konkursgläubiger sich auf die Eintragung im Grundbuch stützen, daß das Eigentum am Grundstück dem Treuhänder zusteht. Der Treugeber müßte dann versuchen, den Beweis zu erbringen, daß das Eigentum ihm zusteht und die Eigentumsübertragung zu Unrecht erfolgt sei. Einen solchen Beweis kann er aber nicht führen, da das Eigentum formgerecht übertragen worden ist und sein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung keine dingliche Wirkung hat. Infolgedessen hat die Vermutung ihre volle Wirkung.

Hieraus lassen sich für den Aussonderungsanspruch des Treugebers wichtige Konsequenzen ziehen. Wie wir oben feststellten, haben nicht eintragungsfähige Rechte keine grundbuchrechtliche Bedeutung, das Grundbuch wird bei Bestehen von obligatorischen Verträgen nicht unrichtig. Das Bestehen des Treuhandverhältnisses hat daher keine grundbuchrechtliche Wirkung, da eine materiellrechtliche Unrichtigkeit des Grundbucheintrags nicht dadurch hervorgerufen wird.

Wohl besteht auch hier ein Herausgabeanspruch des Treugebers und spricht das Verkehrsbedürfnis für Gewährung der Aussonderungskraft. Während aber im allgemeinen den Konkursgläubigern keinerlei besonderen Rechte zuerkannt werden konnten, steht ihnen hier ein Schutzrecht zur Seite, die Vermutung des § 891, die nicht entkräftet werden kann. Es wäre unbillig, wenn man ihre Wirkungen den Konkursgläubigern vorenthalten würde. Das Grundbuchrecht hat nun einmal nicht nur andere Rechtsformen und gibt nicht nur größere Beweisfähigkeit, sondern auch stärkere Rechte und besseren Schutz. Bei Grundstücken muß daher das Verkehrsbedürfnis gegenüber dem Grundsatz des § 891 BGB. zurücktreten und dem Treugeber das Aussonderungsrecht versagt werden.

Diese Folgerung muß auch bei Kenntnis der Konkursgläubiger von dem Treuhandverhältnis Gültigkeit behalten. Das gelöschte Eigentumsrecht des Treugebers hat keinerlei Bedeutung, gelöschte Vermerke existieren rechtlich nicht mehr [116]). Andererseits wird Redlichkeit nur im § 892 gefordert, während

[115]) So auch Cosack und Staudinger a. a. O.
[116]) Staudinger a. a. O. III, 1 S. 212.

im § 891 auf Gutgläubigkeit nicht gesehen wird[117]). Hier kommt es nur auf den Beweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs an, kann den der Treugeber nicht bringen, so bleibt die Vermutung bestehen. Auch die Eintragung eines Widerspruchs gegen das Eigentumsrecht des Treuhänders durch den Treugeber hätte keine Wirkung, denn dieser dient nur zum Schutz eines Berechtigten und muß zum Wirksamwerden erst bewiesen werden[118]). Nur das Eingetragene ist maßgebend, wer sich schützen will, muß das Gegenteil beweisen.

Anders liegt der Fall, wenn der Treugeber seinen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung durch eine Vormerkung geschützt hat. Der Treugeber hat einen Anspruch auf ihre Eintragung. Die Vormerkung sichert die Erfüllbarkeit des Anspruchs, Verfügungen des Schuldners sind gegenüber dem durch die Vormerkung Geschützten unwirksam, auch solche des Konkursverwalters. Im Konkurs kann der Treugeber vom Verwalter die reale Befriedigung seines Anspruchs, also die Auflassung, verlangen; er fällt nicht unter die Konkursgläubiger, sondern erhält durch die Auflassung ein Aussonderungsrecht am Treugutgrundstück. Er kann sich demnach durch die Eintragung einer Vormerkung schützen, wenn dies aber nicht erfolgt ist, wird er nicht aussonderungsberechtigt. In den meisten Fällen wird aber keine Vormerkung eingetragen sein, weil beide Parteien ein Interesse daran haben, das Treuhandverhältnis nicht nach außen zu offenbaren. Soll z. B. der Treuhänder das Grundstück vorteilhaft veräußern, dann wäre die Vormerkung sogar hinderlich.

Die herrschende Meinung trifft also mit der Gewährung des Aussonderungsrechts bei Grundstücken in den Fällen, wo der Treugeber nicht durch eine Vormerkung geschützt ist, nicht das Richtige und übersieht die Rechtslage. Wohl finden die Vorschriften der §§ 892, 893 keine Anwendung, jedoch darf die materielle Wirkung der Vermutung des § 891 BGB. nicht ausgeschaltet werden[119]).

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß der Treugeber eines Grundstückes im Konkurs des Treuhänders eine bloße Konkursforderung geltend machen kann und somit nur Anspruch auf Konkursdividende hat[120]).

---

[117]) Crome a. a. O. § 371, Cosack a. a. O. BGB. III. S. 124.
[118]) Warneyer a. a. O. 2/75, Wolff a. a. O. § 44.
[119]) RG. im Sächs. Archiv 15/200.
[120]) Auch Staub-Koenige bei Sicherungsübereignung von Grundstücken für endgültigen Eigentumsübergang auf den Treuhänder. S. § 368 Anm. 95 c.

§ 8.

Forderungen.

Der Unterschied zwischen Forderungen und Sachenrechten läßt sich am besten durch Darstellung der verschiedenen Rechtsbeziehungen beleuchten. Während beim dinglichen Recht die Beziehung von Person zur Sache das Wesentliche ist, stellt die Forderung eine reine Beziehung von Person zu Person dar. Das dingliche Recht gilt absolut d. h. gegen jedermann, das Schuldrecht nur zwischen den Vertragsschließenden. Die Zahl der dinglichen Rechte ist zudem beschränkt, sie kann nur durch Gesetz vermehrt werden. Dagegen gilt im Schuldrecht der Vertragstypen, die Beteiligten sind aber in der Lage, noch andere Arten von Schuldverhältnissen zu begründen oder die gesetzlichen Vorschriften abzuändern, soweit nicht zwingende Rechtssätze entgegenstehen.

Zweck einer Forderung ist „die Befriedigung eines Privatinteresses eines Gläubigers“ [121]).

1. Behandlung von gewöhnlichen Forderungen.

Obwohl Forderungen persönlicher Natur sind und sich auf bestimmte im Vertrag genannte Personen beziehen, können sie dennoch lt. § 398 BGB an Dritte abgetreten werden (Zession). Wissenschaft und Praxis kennen auch eine fiduciarische Zession. In der Regel liegt dabei wohl ein Antrag zugrunde, der Zessionar (Treuhänder) bekommt die Forderung abgetreten und soll sie vom Schuldner eintreiben. Dabei ist er wieder obligatorisch verpflichtet, den Erlös dem Zedenten (Treugeber) herauszugeben [122]). Diese fiduciarische Zession ist kein Scheingeschäft (vergl. § 3 I dieser Arbeit), infolge ihres abstrakten Charakters wird sie durch das zugrunde liegende Auftragsverhältnis in keiner Weise berührt. Eine Mitteilung des fiduciarischen Charakters der Zession an den Schuldner ist daher nicht notwendig [123]).

Von einigen Schriftstellern wird die Möglichkeit einer fiduciarischen Zession bestritten [124]). Man hält sie für ein verdecktes Vollmachtsverhältnis. Ist ein solches aber nachweisbar, dann müssen nach der in § 3 I wiedergegebenen Auffassung die Grundsätze über das simulierte Geschäft angewendet werden [125]),

[121]) Enneccerus a. a. O. I, 2 § 225 I.

[122]) RG. im JW. 05/43, Enneccerus a. a. O. § 302 IV, 1, Planck a. a. O. zu § 398 1 d.

[123]) So auch JW. 04/6, Gruch 48/867.

[124]) Schöninger Arch.Z.Pr. 46, 163 ff., Wienstein in Gruch 48 485, DJZ. 05/883 ff., Schultze a. a. O. 11 ff.

[125]) Enneccerus a. a. O. I, 2 § 302.

wie bei allen fiduciarischen Geschäften, in denen der Wille der Parteien nicht ernstlich auf das Treuhandgeschäft gerichtet ist, sondern auf Umgehung (Verhüllung ihres wahren Willens). Außer zu Inkassogeschäften bedient man sich der fiduciarischen Zession bei Verwaltung von Geschäftsaktiven (RG. 55/39 ff.), aber auch zu Schiebungen, besonders prozeßualer Natur[126]) (man versucht, nicht sichere Forderungen durch Abtretung und Einziehung durch einen Dritten zur Bezahlung zu bringen, um Einreden des Schuldners abzuschneiden).

Das Inkassogeschäft hat sich heute fast zu einem Geschäft sui generis entwickelt. Dem Gläubiger selbst ist es oft unmöglich, manchem geriebenen Schuldner hinter die Schliche zu kommen, deshalb bedient er sich eines Erfahrenen, welcher ihm seine Forderungen eintreiben soll. Ein bloßes Inkassomandat wäre zu unhandlich. Aus diesen Gründen läßt sich die starke Verbreitung der fiduciarischen Zession leicht erklären.

Enneccerus[127]) ist nun auf den Gedanken gekommen, diese Inkassozessionen von den sonstigen fiduciarischen Zessionen loszulösen und ihnen eine gesonderte Behandlung zu Teil werden zu lassen. Die Forderung verbleibe bei Inkassozessionen beim Zedenten (Treugeber), der Zessionar (Treuhänder) werde nur berechtigt, sie im eigenen Namen einzutreiben. Demnach stelle diese fiduciarische Zession ein Mittelding zwischen Inkassomandat und gewöhnlicher Zession dar. Sie vermeide die Nachteile des Mandates (Vollmacht), das nur zum Handeln in fremdem Namen berechtige, und ermögliche andererseits dem Zedenten, die Forderung trotzdem zu behalten. Enneccerus tauft sie „Einziehungsermächtigung". Sie wäre demnach ein Grenzfall des Treuhandgeschäftes und es erhebt sich die Frage, ob sie noch unter die Treuhandgeschäfte gerechnet werden kann. Nach der in § 2 dieser Arbeit gegebenen Definition der Treuhandgeschäfte können als solche nur diejenigen Geschäfte bezeichnet werden, bei denen das Eigentum am Treugut auf den Treuhänder übertragen wird. Da hier nur eine Einziehungsberechtigung erteilt wird, ohne daß das Eigentum an der Forderung auf den Zessionar übergeht, kann die Einziehungsermächtigung nicht als Treuhandgeschäft bezeichnet werden. Trotzdem soll die Frage nach ihrer Zulässigkeit und ihren konkursrechtlichen Wirkungen hier behandelt werden, da sie große Verwandtschaft mit dem Treuhandgeschäft aufweist.

---

[126]) Vergl. Küster JW. 07/161 ff

[127]) A. a. O. I, 302, IV, 2.

Die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Loslösung der Einziehungsermächtigung ist für das Gebiet der fiduciarischen Zession unbedenklich zu bejahen [128]). Einmal besteht ein großes Bedürfnis für diese Geschäftsart, zum anderen ist sie in demjenigen Gebiet des BGB. entstanden, in welchem Vertragsfreiheit herrscht. Die Bedenken Planck's [129]) bezüglich der Einziehungsermächtigung können nicht geteilt werden. Planck stellt die Frage, ob unter den Grundsatz der Vertragsfreiheit auch Verfügungen über Forderungen fallen. Dies kann wohl bejaht werden, da hierdurch nicht gegen Grundsätze unseres Rechts verstoßen wird. Durch die Einziehungsermächtigung wird an der bestehenden Leistungspflicht des Schuldners nichts geändert, nur in der Person des Gläubigers ist eine Aenderung eingetreten. Andererseits kann der Schuldner im Bedarfsfalle evtl. Einwendungen, die er gegen den alten Gläubiger hatte, auch gegen den neuen geltend machen, da ein Eigentumsübergang nicht erfolgt ist. Gegen Mißbrauch der Einziehungsermächtigung schützen auch die Vorschriften über das simulierte Geschäft [130]). Andere Gegner [131]) wenden sich gegen die einseitige Bevorzugung des Zedenten (Gläubigers). Je nach Vorteilhaftigkeit könne sich bei der Einziehungsermächtigung der Zedent bald als Gläubiger, bald als Nichtgläubiger gebärden. Hierin liegt aber keine Härte für den Schuldner, er muß nun einmal leisten, leistet er, so ergeben sich für ihn keine Unannehmlichkeiten; leistet er nicht, dann mag er auch die Folgen tragen. Die Einziehungsermächtigung ist demnach vollgültig, sie ist aber kein Treuhandgeschäft, weil bei diesem das Eigentum auf den Treuhänder übergeht.

Hinsichtlich der Frage nach der Aussonderung des Treuguts im Konkurs haben wir ganz allgemein genommen bei der fiduciarischen Zession gerade die Fälle, in denen am energischsten auf die grundlose Bereicherung der Konkursgläubiger bei Nichtgewährung eines Aussonderungsrechtes für den Treugeber hingewiesen wird [132]). Dies ist insofern berechtigt, als bei Inkassogeschäften die Möglichkeit sehr gering ist, daß die Gläubiger Kenntnis von ihnen hatten und das Vermögen des Schuldners

[128]) So auch RG. 52, 219, 53, 417, 73, 308, 78 90, in Gruch 34 464, 36 890 (wenn auch mit den bekannten Vermögensargumenten). Staub in DJZ. 03 389, Staub-Koenige a. a. O. § 368 114, Staudinger a. a O. § 389/452.

[129]) A. a. O. § 398 I *b*/*β*.

[130]) Küster a. a. O. läßt dann ein bloßes Inkassomandat zu.

[131]) Schöninger a. a. O., Helwig in Gläubigernot S. 146, Oertmann BGB. zu § 117, Planck a. a. O. § 398 1 b.

[132]) Vergl. Dernburg BGB. II/347/48, Weidemann a. a. O. S. 176 ff., Staudinger a. a O. S. 452, Staub-Koenige a. a. O. § 368/109.

um diese Summen vermehrt glaubten. Für die Einziehungsermächtigung allein ist die Begründung des Aussonderungsrechtes einfacher als bei den anderen fiduciarischen Rechtsgeschäften. Da das Eigentum an der Forderung noch dem Zedenten zusteht, muß ihm ein Aussonderungsrecht ohne weiteres gewährt werden. Andererseits muß der Zessionar im Konkurs des Zedenten auf Verlangen des Konkursverwalters die Einziehung einstellen und etwaige Schriftstücke etc. zurückgeben. Indessen besteht auch die Möglichkeit, daß der Konkursverwalter den Vertrag aufrechterhält und der Treuhänder nach Eintreiben der Forderung den Erlös an die Masse zahlt.

Für die fiduciarischen Zessionen außer der Einziehungsermächtigung gilt die in § 5 gegebene allgemeine Begründung des Aussonderungsrechts für den Treugeber. Irgendwelche Abweichungen ergeben sich nicht.

2. Die Behandlung von Wechseln.

Unter den verbrieften Forderungen und Orderpapieren nimmt der Wechsel von jeher eine bevorzugte Stellung ein; er war der Ausgangspunkt der modernen Würdigung des Treuhandgeschäftes. Auch bei ihm werden Abweichungen vom gewöhnlichen Treuhandgeschäft gemacht, weshalb ein näheres Eingehen geboten ist.

Auch bei den Orderpapieren haben wir die Eigentümlichkeit, daß der Verkehr bei Inkassogeschäften sich nicht der vom Gesetz dafür geprägten Form bedient, sondern eigene Wege geht. Das Gesetz (WO.) kennt für Inkassogeschäfte zur Uebertragung der dazu nötigen Rechte auf den Mandaten das sog. Prokuraindossament des Art. 17 WO. Hierunter versteht man eine Indossierung „per Prokura", „zum Inkasso", d. h. der Indossator soll den Wechsel nicht im eigenen, sondern im Namen des Indossanten geltend machen können. Das Prokuraindossament erzeugt also ein reines Vollmachtsverhältnis, es überträgt weder Eigentum, noch gelangen Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar, noch wird der Indossant regreßpflichtig. Der Verkehr vermeidet möglichst das Prokuraindossament wegen des in ihm liegenden Mißtrauens, statt dessen wählt man das sog. fiduciarische Indossament.

Das fiduciarische Indossament ist seiner wechselrechtlichen Natur nach ein Vollindossament. Auch bei Wechseln etc. dominieren wieder zwei bestimmte Geschäftsarten, bei denen man mit Vorliebe ein fiduciarisches Indossament wählt. Es sind dies

Inkasso- und Sicherungsgeschäfte. Stranz [133]) macht bezüglich der Rechtsfolgen zwischen beiden bemerkenswerte Unterschiede, wobei er auf die Interessenlage verweist. Im folgenden sei diese Unterscheidung zugrunde gelegt.

Auf der einen Seite steht das fiduciarische Indossament zu Inkassozwecken, von Staub „Inkassomandatindossament" genannt, etwas ähnliches wie Enneccerus „Einziehungsermächtigung". Der Indossant giriert mit Vollindossament an den Indossatar, obwohl sich Beide darüber einig sind, daß letzterer den Wechsel zwar im eigenen Namen, aber im Auftrage und für Rechnung des Indossanten beim Wechselschuldner einlösen soll. Auch hier sehen wir wieder die typischen Merkmale des fiduciarischen Rechtsgeschäftes – Uebertragung eines stärkeren Rechtes zu Gunsten des wirtschaftlichen Zweckes – gleichzeitig hat aber der Parteiwille eine andere Richtung. Geht er sonst auf Uebertragung des Eigentums, so will er hier nur die Einlösungsbefugnis im eigenen Namen übertragen; das Eigentum soll beim Indossanten verbleiben. Seiner rechtlichen Natur nach gehört das Inkassomandatsindossament ebensowenig wie die Einziehungsermächtigung zu den Treuhandgeschäften, da die Eigentumsübertragung fehlt.

Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Indossaments ist stark bestritten. Die Stellungnahme hängt ab von der Beurteilung des Wesens des Indossaments. Nimmt man an, daß das Indossament immer Eigentum überträgt und nicht lediglich Legitimationsfunktion hat, dann muß man die Möglichkeit eines selbständigen Inkassomandatindossaments verneinen. Vertritt man aber den Standpunkt, daß der Umfang der Rechtsübertragung von der Parteivereinbarung abhängt, so darf man es von den übrigen fiduciarischen Indossamenten loslösen. Mit a. W., die Lösung der Rechtsgültigkeitsfrage knüpft an das Wesen des Indossaments an, ob dessen Wirkungen ein für alle Mal in ihrem vollen Ausmaß vom Gesetzgeber festgelegt sind, oder ob die Parteivereinbarung rechtsumgestaltend wirken kann.

Die Vollziehung einer Eigentumsübertragung an Wechseln durch bloßes Girieren eines Vollindossaments wurde früher stark vertreten. Die Grundlage dazu bildet die sogenannte Formalaktheorie. Nach dieser ist die Indossierung ein reiner Formalakt. In ihr allein verkörpert sich der Uebertragungswille [134]).

[133]) Staub-Stranz WO. Art. 17/5.

[134]) So ROHG. 1/168, 276, 5/36, 6/53, Grünhut WO. 2 § 89, Seuffert a. a. O. S. 919, Goldschmidt Z. f. Hr. 39/433, Werthauer Gruch 13/586 ff., Wulff a. a. O., Wendt, Gruch 100/295 ff., Cohn a. a. O. S. 39.

Grünhut z. B. leugnet nicht die Zulässigkeit eines Inkassomandatindossamentes, aber die Wirkung des (obligatorischen) Begebungsvertrags beschränke sich auf die ihn abschließenden Parteien, für Dritte sei nur die äußere Form des Indossaments entscheidend, was auch im Interesse der Zirkulationsfähigkeit des Wechsels liege.

Diese Begründungen sind m. E. nicht zutreffend. Wie überall bei der Uebertragung von Eigentum, so ist auch hier Voraussetzung für den Uebergang des Wechseleigentums die Einigung. Der Art. 36 WO. (der als gesetzliche Stütze der Formalakttheorie dient), gilt nur für den Wechselschuldner und für gutgläubige Erwerber zu deren Schutz [135]). Die erforderliche Einigung erfolgt in der Form eines Vertrags, laut welchem der Wechsel durch den Indossanten auf den Indossatar übertragen werden soll. Von diesem sogenannten Begebungsvertrage hängt alles ab. Deshalb ist bei nichtigem Vertrage das Indossament unwirksam (so RG 35/76). Die Zirkulationsfähigkeit des Wechsels wird durch diese Auffassung nicht berührt. Man darf nicht vergessen, daß das Inkassomandatindossament zum Inkasso getätigt wird, damit soll die Kette der Wechselverbundenen abgeschlossen sein. Bei Mißbrauch durch Indossierung wird überdies eine etwaige Regreßpflicht des Indossatars wie des Indossanten nicht versagt (vergl. unten).

Es ist deshalb nicht einzusehen, warum der Begebungsvertrag nicht den Inhalt haben kann, daß das Eigentum am Wechsel beim Indossanten verbleiben soll, während alle anderen Rechte und Pflichten auf den Indossatar übergehen. Dadurch wird das Indossament keineswegs unwirksam, sondern nur beschränkt wirksam. Die Wirkung gegen Dritte (Wechselschuldner wie Regreßsuchende) wird nicht beschränkt, nur die Wirkung gegenüber dem Indossatar, mit anderen Worten, die obligatorische Verpflichtung des Fiduciars bleibt, der Fiduciant bekommt eine stärkere Stellung durch sein Eigentum. Die Einigung im BGB. ist abstrakt; eine abstrakte Natur des Begebungsvertrages hat noch niemand behauptet [136]), Wechselverkehr und Praxis erweisen das Gegenteil. Zum Wesen des Indossamentes gehört Eigentumsübertragung überdies nicht. Zusammenfassend ist demnach festzustellen: Art. 9 und Art. 10 WO. können derart ausgelegt werden, daß eine Parteivereinbarung, nach welcher

[135]) So auch Oppenheimer a. a. O. S. 30, Planck III § 1296/4, Staub-Stranz WO Art. 9/3, und Reichsgericht.

[136]) Vergl. Staub-Stranz § 17 Anm. 8.

der Indossator nach außen hin als Eigentümer erscheint, keinerlei Bedenken unterliegt[137]).

Stauffacher S. 45 gibt eine andere Konstruktion. Er zieht zur Stützung des Inkassomandatindossamentes noch 3 weitere Gesetzesstellen heran. So sei in Art. 10 WO. mit den Worten „alle Rechte aus dem Wechsel" nicht das Eigentum gemeint, im § 952 Abs. 1 und 2 BGB. sei der Gläubiger als Eigentümer des Wechsels bezeichnet, vor allem aber ergebe sich aus § 1292 BGB. der volle Beweis, daß das Indossament nicht von selbst eigentumsübertragende Wirkung habe. Nach § 1292 genügt zur Verpfändung eines Orderpapieres Einigung und Uebergabe des indossierten Papieres. Auf den Streit hierüber braucht nicht näher eingegangen zu werden[138]). Es genügt die Feststellung, daß der Gesetzgeber im § 1292 ausdrücklich die hier vertretene Auffassung vom Wesen des Indossamentes billigt[139]).

Die innere und äußere Stellung des Inkassomandatars interessiert uns nur im Hinblick auf die Frage, ob ein solches fiduciarisches Inkassogeschäft unbillig ist. Der Treuhänder soll nur einkassieren, der Schuldner muß auch ohne fiduciarisches Inkassogeschäft zahlen. Vor allem verliert er etwaige Einreden, die ihm gegen den Treugeber zustanden, nicht[140]). Denn man kann (so Staub-Stranz), dem Indossament unmöglich eine höhere rechtliche Wirkung zulegen, als aus seinem rechtlichen Inhalte zu folgern ist. Weil der Fiduciar fremdes Recht geltend macht, muß er sich diesem entgegenstehende Einwendungen gefallen lassen — er hat ja auch keinen Schaden davon.

Das Ergebnis ist hiernach: auch bei den Orderpapieren stellt das Inkassogeschäft einen Grenzfall der fiduciarischen Geschäfte dar, für den eine selbständige Behandlung notwendig ist. Die Begründung des Aussonderungsrechts für den Treugeber im Konkurs des Treuhänders ist die Gleiche wie bei den einfachen Forderungen. Da das Eigentum dem Treugeber verblieben ist, steht diesem zweifellos ein Aussonderungsrecht zu[141]). Auch für den Konkurs des Treugebers gilt das Gleiche wie bei der Einziehungsermächtigung.

[137]) Staub-Stranz § 17 Anm. 7, RG. 36/55.

[138]) Vergl. Stauffacher S. 48/50.

[139]) So auch Schultze a. a. O. 53, der als erster auf § 1292 hingewiesen hat, Cosack HR § 98 I, Staudinger III, 2 § 1296 2 a.

[140]) So Staub-Stranz Art. 17/8, RG. 36/55, 41/115, in Recht 07/1080.

[141]) Ebenso für Aussonderung: Jaeger Komm. § 43 Anm. 42, Kohler Lehrb. 179, Bernstein WO. Art. 17 S. 113, v. Canstein WR. S. 57 ff., Holz Gruch 50/330, sowie alle KO.-Komm. auch von Sarwey-Bossert S. 205.

Für die eigentlichen fiduciarischen Indossamente läßt sich die Aussonderung mit denselben Argumenten begründen wie bei Mobilien (vergl. § 5); durch die Indossierung erwachsen keine Schwierigkeiten. Das Indossament ist zwar bei ihnen eine äußere Kennzeichnung der Eigentumsübertragung, es genießt aber keinen besonderen Schutz.

Aehnliche Grenzfälle des Treuhandgeschäftes wie bei Wechseln und Forderungen zeigen sich im Aktienrecht. Auch hier spielen sowohl bei Inhaber- als auch bei Namensaktien bloße Legitimationsübertragungen eine große Rolle [142]). Man bedient sich dieser Treuhandgeschäfte besonders zur Ausübung des Stimmrechtes bei Generalversammlungen [143]). Banken lassen sich gerne das Stimmrecht für die bei ihnen seitens ihrer Kunden deponierten Aktien übertragen. Die Gültigkeit einer solchen Uebertragung ist allgemein anerkannt [144]). Die Gesellschaften dürfen daher solche „Strohmänner" von der Generalversammlung nicht ausschließen [145]). Diese Legitimationsübertragungen (Staub-Koenige a. a. O.) bieten für den Rechtsverkehr keine Gefahr, da der legitimierte Treuhänder jederzeit auch an einen bösgläubigen Dritten vollgültig veräußern kann.

Die Behandlung dieser Grenzfälle im Konkurs erfolgt nach den für die andern Fälle gegebenen Regeln.

§ 9.

Die Regelung bei Surrogaten.

In diesem Abschnitte soll der Fragenkomplex behandelt werden, wie es um die Aussonderung bestellt ist, wenn an Stelle des ursprünglichen Treuguts etwas anderes, ein sogenanntes Surrogat, getreten ist.

Zunächst ist zu beachten, daß die Frage der Surrogatsaussonderung nur zu untersuchen ist, wenn beim ursprünglichen Treugut die Aussonderung zu bejahen gewesen wäre. Denn es ist klar, daß dem Inhaber eines Rechtes auf ein Surrogat niemals größere Rechte gewährt werden können als demjenigen, dem an der ursprünglichen Sache oder Forderung ein Recht zustand.

---

[142]) Staub-Koenige II § 223/17.

[143]) Vergl. auch RG. LZ. 13/780.

[144]) RG. 36/55, 25/207, 53/417, in Gruch 34/465, 36/990, 37/119, 40/80, Staub-Koenige II § 222 Anm. 16.

[145]) RG. 30/51, 84/21, Dreyer in Gruch 40/87.

Die Surrogation spielt eine verhältnismäßig bedeutende Rolle für die fiduciarischen Rechtsgeschäfte, wenngleich eine zusammenhängende Behandlung bisher fehlt. Es sind da vor allem die Fälle, in denen eine Fabrik oder ein Landgut zu getreuen Händen übereignet worden ist, oder die Sicherungsübereignung eines ganzen Warenlagers eines Kaufmanns erfolgte [146]). Hier liegt es immer in der Natur des Treuguts begründet, daß ein Ausscheiden einzelner Gegenstände durch Unbrauchbarwerden, Verkauf etc. erfolgt, an deren Stelle dann neue Sachen treten.

Zum anderen haben wir bereits in § 8 die Inkassogeschäfte behandelt, deren Bedeutung gerade in der Auswechselung der Forderung gegen die Schuld liegt. Zuletzt kommen hier noch die Fälle in Betracht, wenn der Treuhänder Treubruch begeht, d. h. das Treugut unerlaubt veräußert. Daneben stehen noch einige Sonderfälle.

Die juristische Behandlung aller dieser Fälle ist im Hinblick auf die Eigenart der Treuhandgeschäfte nicht ohne weiteres klar, daher muß eine eingehende Untersuchung erfolgen.

Unter Surrogation versteht man ganz allgemein das Eintreten eines Ersatzes irgendwelcher Art für die ursprüngliche Sache oder das Recht in das bisherige Rechtsverhältnis [147]). Streng genommen muß daher von Surrogation auch gesprochen werden, wenn der Gläubiger an Stelle der ursprünglichen, jetzt unmöglichen Leistung eine Reihe von Ansprüchen (auf Schadenersatz, Kommodum etc.) erhält. Indessen soll unsere Untersuchung nur auf die echte Surrogation beschränkt werden, wo also an Stelle der untergegangenen Sache eine andere tritt, ebenso an Stelle eines Rechtes ein anderes. Uns interessiert dabei nicht das Ersatzstück als solches, sondern die Art seines Entstehens — die juristischen Vorgänge.

Man kann zwei Arten von Surrogation unterscheiden, gesetzliche und vertragliche; innerhalb der gesetzlichen wieder eine dingliche und eine obligatorische Surrogation. Ich nenne die eine Art eine gesetzliche, weil ihre Entstehung auf Gesetz beruht. Der Grundsatz der Surrogation ist kein allgemein geltender [148]), sein Umfang und seine Wirkung ergeben sich immer aus den einzelnen Bestimmungen und gelten nur für den betreffenden Fall.

[146]) Eine solche Uebereignung ist gültig, vergl. Enneccerus § 139 Anm. 17, Düringer LZ. 5 S. 917; RG. bei Warneyer 1912 Nr. 213, 1913 Nr. 129.

[147]) Es ist selbstverständlich, daß das Surrogat für den Dritten nur dann von Bedeutung ist, wenn an der ursprünglichen Sache irgend ein Recht für ihn bestanden hat — Besitz, Eigentum, Miete, Pfandrecht, Familienrecht usw. —

[148]) So RG. 94/306, vergl. auch 94/20, 70/223.

Unter dinglicher Surrogation sind die Fälle zu verstehen, in welchen der Eintritt des Ersatzstückes in das bisherige Rechtsverhältnis sich sofort eo ipso vollzieht, ohne daß es einer neuen Rechtsübertragung auf den Dritten (ehedem Berechtigten) bedarf. Sie findet statt im Familienrecht bei Haushaltsgut, Kindesvermögen, Vorbehaltsgut etc., im Erbrecht bei Erbschaftsbesitzern (Umwandlung von Erbschaftssachen etc.) — also bei, allen Rechtsverhältnissen, bei denen ein sogenanntes absolutes Recht zugrundeliegt, sodann bei drei schuldrechtlich-dinglichen Verhältnissen: Pachtrecht § 588 BGB. (vom Pächter angeschaffte Inventarstücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters), Nießbrauch § 1048 und Pfandrecht § 1287 (Erlös des versteigerten Pfandes tritt an dessen Stelle). Oben wurde noch eine obligatorische gesetzliche Surrogation unterschieden. Damit ist der Fall des § 281, 323 II BGB. gemeint, das sogenannte stellvertretende Kommodum, das der Gläubiger im Falle des Unmöglichwerdens der schuldnerischen Leistung verlangen kann. Das Kommodum tritt also nicht ohne weiteres an die Stelle der geschuldeten Leistung — insofern ist es nur ein obligatorisches Surrogat.

Neben diesen gesetzlichen Surrogationsfällen kennt man noch eine sogenannte vertragliche Surrogation. Die Parteien verabreden miteinander, daß z. B. bei Verkauf der Sache deren Gegenwert in das Rechtsverhältnis eintreten soll. Derartige Abmachungen sind immer möglich, gewisse Rechtsformen müssen sich aber noch anschließen, um die Surrogation zu einer gültigen zu machen.

Wir kommen damit zur Untersuchung der Frage der Surrogation beim Treuhandgeschäft, unter welche der drei genannten Surrogationsarten die Fälle ihres Auftretens beim Treuhandgeschäft einzureihen sind.

Wie schon ausgeführt, kennt unser Gesetz eine dingliche Surrogation nur in bestimmten gesetzlich festgelegten Fällen, zu denen das fiduciarische Rechtsgeschäft nicht gehört. Es gibt nun Schriftsteller, welche einer analogen Behandlung für die fiducia das Wort reden, z, B. Schöny[149]). Er denkt dabei an eine Fabrik als Treugut, zu deren Wesen Umsatz und Produzierung wirtschaftlicher Werte unbedingt gehöre. Da das Gesetz keine Grundsätze für die fiducia aufgestellt habe, müßten diese aus ähnlichen Verhältnissen gewonnen werden. Als Analogon

[149]) Arch. Bürg. R. 35/342.

dient ihm das Pfandrecht. Ohne besondere Begründung hält auch das OLG. Hamburg (in RG. 94/306) bei Treubruch den Eintritt des Surrogats an Stelle des ursprünglichen Treuguts in das Treuhandverhältnis für vollzogen. Ebenso meint Heymann S. 44, daß bei einer Fabrik (oder Landgut) eine Surrogation der Ersatzstücke ohne weiteres angenommen werden müßte, da sonst die Parteien ihrem Geschäftszweck zuwiderhandeln würden. Der gleichen Ansicht scheint Jaeger[150]) zu sein (analoge Anwendung von § 588 II, 1048 II). Auch das RG. in RG. 94/306 will anscheinend Analogie nicht immer abgelehnt sehen, es beschränkt diese Möglichkeit aber auf die Inkassogeschäfte zur Sicherung. Im allgemeinen lehnt das Reichsgericht aber Analogie mit den gesetzlichen Surrogationsfällen in unserer Frage ab. Der Erlös eines unter Treubruch verkauften Treuguts sei kein fiduciarischer Erwerb, da dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind (Anvertrauen aus dem Vermögen des Treugebers). Diese Beweisführung ist nicht einwandfrei. Nach der in § 5 S. 39 vertretenen Auffassung sind auch die Fälle, in denen das Treugut dem Treuhänder nicht vom Treugeber, sondern von einem Dritten in dessen Auftrage übereignet wird, rechtswirksame Treuhandbestellungen. Richtig ist in der reichsgerichtlichen Ablehnung, daß der Treuhänder Eigentümer des Erlöses geworden ist. Damit ist aber noch nicht die entscheidende Frage beantwortet, ob der Erlös an Stelle des Treugutes in den Treuhandvertrag eingetreten ist, und wie dies erfolgt ist. Es bleibt immer festzuhalten, daß das Gesetz eine dingliche Surrogation nur in bestimmten normierten Fällen kennt. Ein Abweichen von dieser Erkenntnis kann nicht erfolgen, ohne das Gesetz zu verletzen. Hierfür besteht aber keine Notwendigkeit, da die Parteien es in der Hand haben, entsprechende Abmachungen zu treffen, die den gewünschten Erfolg bringen. Zu einem Abweichen aus Billigkeitsgründen besteht kein Grund. Einer Erweiterung der dinglichen Surrogation kann daher nicht zugestimmt werden[151]). Daraus ergibt sich aber als weitere Folgerung, daß bei Treuhandgeschäften, wenn überhaupt Surrogationsgrundsätze, so nur die Regeln der vertraglichen Surrogation anzuwenden sind.

Vertragliche Surrogation ist nun keineswegs ohne weiteres aus den Umständen zu entnehmen. Die Bestimmungen des ursprünglich geschlossenen Treuhandvertrags werden in der Regel

[150]) JW. 19/107.

[151]) Sonst müßte auch das Treuhandvermögen als ein Sondervermögen bewertet werden, was es aber nicht ist.

nur das übereignete Treugut erfassen, wenn nicht die Natur der Sache (Forderung, Wechsel etc.) oder des Geschäftszweckes (verabredete Veräußerung) das Gegenteil schließen läßt. Aber auch in den letztgenannten Fällen muß auf ausdrückliche Erstreckung des obligatorischen Vertragsteils auf das Surrogat Wert gelegt werden, ist eine solche nicht erfolgt, so wird das Surrogat auch nicht von den Vertragsbestimmungen erfaßt. Eine andere Auslegung ist ausgeschlossen [152]).

Für die weiteren Ausführungen sei zur Verdeutlichung der Vorgänge das Beispiel des Warenlagers zugrunde gelegt. Das Warenlager dient nicht nur häufig als Treugut bei der Sicherungsübereignung, sondern ist auch aus der Natur der Sache heraus ein Hauptanwendungsgebiet der Surrogation. Man hat bei ihm bereits eine Reihe von Spielarten der vertraglichen Surrogation erprobt. Da die gemachten Erfahrungen im großen Ganzen für alle Arten von fiduciarischen Rechtsgeschäften verwendbar sind, soll im folgenden im wesentlichen von ihm die Rede sein.

Das Warenlager ist – wie auch das Guts-, Hotel- oder Theaterinventar – ein sogenannter Sachinbegriff, aber nicht in dem Sinne, als daß es als Sachgesamtheit ein besonderes Rechtsobjekt bilde. Vielmehr darf nach fast einstimmiger Ansicht die Sachgesamtheit rechtlich nur als eine Summe behandelt werden, eine Mehrheit von einzelnen beweglichen Sachen mit einem gemeinsamen Namen [153]).

Bei der Uebereignung eines Warenlagers ist infolge seiner rechtlichen Struktur die Aufstellung eines genauen Verzeichnisses geboten, ebenso müssen übereignete Teile genügend gekennzeichnet werden. Durch das eingeräumte Besitzmittlungsverhältnis gilt die Einwilligung des Gläubigers (nunmehrigen Eigentümers) zur Veräußerung der Waren nach § 185 BGB. für den Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt. Diese Einwilligung ist nach § 183 nur bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich. Nun enthalten die meisten derartigen Uebereignungsverträge die Bestimmung, daß im ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb erworbene Ersatzstücke ebenfalls übereignet werden sollen. Auf Grund der Unmöglichkeit eines ideellen selbständigen Rechtsobjektes „Warenlager" ist eine derartige Uebereignung nur in der Weise möglich, daß jedes einzelne neue Stück übereignet wird.

Wie schon auf Seite 69 festgestellt, ist durch die angegebene Vertragsbestimmung, wonach Ersatzstücke auch übereignet

[152]) So auch Ackermann a. a. O., vergl. auch Bankarchiv 1910/26.
[153]) So auch Jaeger § 43/8, Ackermann S. 30.

werden sollen, nicht die Uebereignung als solche schon erfolgt, sondern damit nur die Grundlage für ein Eintreten der Ersatzstücke in das fiduciarische Rechtsverhältnis geschaffen.

Das OLG. Kiel[154]) hat versucht, die besondere Uebereignung zu umgehen. Es hält das Besitzkonstitut für einen Dienstvertrag und läßt aus diesem Grunde die Surrogate ohne weiteres in das Eigentum des Gläubigers übergehen. Abgesehen davon, daß fast immer Besitzkonstitut ausdrücklich vereinbart zu sein pflegt, ist doch offensichtlich, daß jemand wenn er sich nicht als Vertreter eines anderen ausgibt, Eigentum an der gekauften Sache für sich selbst erwirbt (von der Möglichkeit des antizipierten Besitzkonstituts sei hier noch abgesehen). Mit der Annahme eines Dienstvertrags wird man auch der wahren Rechtslage nicht gerecht. Der Uebereigner des Warenlagers soll ja nicht bloßer Besitzdiener sein, da die tatsächliche Herrschaft über das Lager nicht dem Gläubiger, sondern ihm zustehen soll – das Lager befindet sich zumeist in seinen Räumen. Wer aber die tatsächliche Herrschaft über die Sache hat, ist ihr Besitzer. Eine Umgehung der Uebereignung ist also nicht möglich.

Auf den ersten Blick bieten sich eine Reihe von Möglichkeiten zur rechtlichen Durchführung des Eigentumsübergangs für Surrogate.

Da käme vielleicht in Betracht, dem Treugeber Vertretungsbefugnis des Treuhänders einzuräumen, so daß er unmittelbar für diesen Ersatzwaren anschaffen kann. Diese Lösung ist aber wirtschaftlich unmöglich, da der Verkäufer der Ersatzwaren immer zurückschrecken wird, wenn er von dem Verhältnis erfährt (er möchte nicht an einen Unbekannten verkaufen, oder er fürchtet Schaden). Bei Erwägung einer stillen Stellvertretung (ebenso bei indirekter oder Interessenvertretung) zeigt sich die Unmöglichkeit, die dingliche Einigung rechtsgültig für den vertretenen Fiduciar vorzunehmen, da § 164 II hierzu Offenheit verlangt – eine Kenntnisgabe der Lage aber wiederum den Verkäufer zum Rückzug verleiten würde [155]). Die Stellvertretung ist demnach rechtlich wohl möglich, sie versagt aber aus wirtschaftlichen Gründen.

Ackermann (S. 131 ff.) stellt dafür drei andere Möglichkeiten auf, deren Anwendung rechtlich und wirtschaftlich keinen Bedenken unterliegt.

---

[154]) Schleswig-Holsteinischer Anz. 1910/76.

[155]) Näheres bei Ackermann a. a. O. S. 129.

1. Die Eigentumsübertragung und das Eintreten in den Treuhandvertrag erfolgt in der Form, daß für jedes Ersatzstück dasselbe Besitzkonstitut vereinbart wird und ebenso eine Einigung beider Parteien darüber erfolgt, daß das Eigentum von jetzt ab dem Fiduciar zusteht. Diese Einigung kann erfolgen in Form der Uebersendung eines Verzeichnisses der Ersatzstücke (Rechnungsabschrift, Lieferschein genügt auch), welches vom Gläubiger in seine Bücher eingeheftet werden muß, um die Annahmeerklärung zu verdeutlichen. Juristisch ist dieses Verfahren völlig einwandfrei [156]). In der Praxis ergibt sich nur der Nachteil der Umständlichkeit gegenüber den beiden anderen Möglichkeiten. Empfehlenswert ist es aber bei einfacheren Verhältnissen, z. B. bei Verkauf einer einzelnen Sache.

2. Die zweite Konstruktion stammt aus der Gerichtspraxis und hat zur Grundlage das sogenannte „Kontrahieren mit sich selbst" (§ 181 BGB.). Der Fiduciant vertritt den Fiduciar und schließt Einigung und Besitzkonstitut mit sich selbst ab, zu dieser Stellvertretung muß er aber irgendwann, s e i e s bei Abschluß des Treuhandvertrages oder später, von seinem Fiduciar ermächtigt worden sein. Natürlich kann dieses Kontrahieren mit sich selbst nicht stillschweigend erfolgen, sondern bedarf irgendeines zweifelsfreien Ausdruckgebens [157]).

Auch diese Konstruktion ist juristisch einwandfrei, überdies auch praktisch recht handlich. Ein zweifelfreies Ausdruckgeben liegt vor, wenn die neuen Waren in das übereignete Warenlager eingebracht werden oder entsprechend gestempelt werden. Zu weit geht RG. in DJZ. 03/253, welches Erkennbarmachen für jeden Dritten verlangt. Der Treugeber und Schuldner hat ja, wie schon oben gesagt, ein Interesse daran, daß sein Lieferant nichts von dieser Uebereignung merkt (in einem solchen Verschweigen steckt allerdings eine Gefahrenquelle für den Verkehr).

3. Als dritte Möglichkeit ist zu nennen die Anwendung des antizipierten Besitzkonstituts. Auch hier wird im voraus ein Vertrag zwischen Treugeber und Treuhänder abgeschlossen und in diesem bezüglich der zukünftigen Ersatzstücke, die der Treugeber noch gar nicht gekauft hat, die dingliche Einigung samt Besitzkonstitut geschlossen. Die Wirkung ist dann die gewünschte — im Augenblick wo der Fiduciant die Surrogate in das Warenlager bringt, sie abstempelt oder sonst irgendwie

[156]) So auch Hoeninger Warenlager S. 107/115.
[157]) So neben Ackermann RG. 86/262, OLG. 26/51 (München), 18/143 (Kiel), LZ. 15/1042 (Augsburg), Bankarch. 10/28 (Karlsruhe).

erkennbar verfährt, geht das Eigentum auf den Treuhänder über. Auch hier ist vorherige Vereinbarung in der angegebenen Weise notwendig [158]).

Das antizipierte Besitzkonstitut ist heute rechtlich anerkannt, gesetzlich sanktioniert ist es durch § 185 Abs. 2 BGB., den man analog oder unmittelbar anwenden kann (vergleiche Ackermann S. 136). Eine nähere Untersuchung ist hier nicht am Platze.

Bei allen diesen Konstruktionen zeigt sich aber, daß vertragliche Surrogation nur eintritt, wenn sie besonders ausgemacht worden ist.

Nachdem die technischen Einzelheiten der Surrogation klargestellt sind, sei jetzt die Frage nach der Gewährung eines Aussonderungsrechtes für den Treugeber bei den einzelnen Surrogationsfällen aufgerollt. Für die Fälle des Treubruchs sei noch vorausgeschickt, daß wegen des Wesens des fiduciarischen Rechtsgeschäftes irgendwelche Ansprüche gegen den Dritterwerber dem Treugeber nicht gegeben sind, da der Dritterwerber auf jeden Fall Eigentum vom wirklichen Eigentümer erworben hat (gutgläubig oder bösgläubig spielt keine Rolle). Alle Ersatzansprüche des Treugebers entspringen daher nur aus dem Verhältnis zwischen ihm und dem Treuhänder.

Das Wesen der dinglichen Surrogation bedingt, daß derjenige, der am ursprünglichen Gut ein Anrecht (das im Verkaufsfalle zum Aussonderungsrecht wird) hatte, kraft Eintretens des Ersatzgutes (eo ipso) auch an diesem ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. besitzt. Wie wir aber feststellten, fallen die fiduciarischen Surrogationsfälle nicht unter die Fälle der dinglichen Surrogation. Indessen müssen sie doch im Konkurse wie die dinglichen Surrogate behandelt werden. Auf welche Weise das Treugut in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt ist, ob durch den Treugeber oder einen Dritten, spielt ja, wie schon im § 5 S. 39 dieser Arbeit ausgeführt, keine Rolle. Der Treuhandvertrag für das neue Treugut ist ordnungsgemäß geschlossen, die obligatorische Treuhandverpflichtung des Treuhänders ist auch für das neue Gut erfolgt. Wann und wie der Treuhandvertrag abgeschlossen wurde, ist nebensächlich, wenn es nur rechtsgültig geschah. Dies gilt sowohl für den Treugeber- als für den Treuhänderkonkurs. Deshalb kommen auch hier die in den vorangehenden Abschnitten aufgestellten Regeln für das Aussonderungsrecht zur Anwendung.

[158]) So auch (lt. Zitat Ackermann S. 136) OLG Naumburg vom 5. 12. 1910.

Hiervon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die Parteien keine besondere Vereinbarung geschlossen haben, wo also überhaupt keine vertragliche Surrogation erfolgte. In derartigen Fällen steht dem Aussonderungsberechtigten eigentlich nur eine bloße Konkursforderung zu, da sein fiduciarisches Recht erloschen ist. Das Gesetz hat aber einige besondere Fälle von dieser Regel ausgenommen und diesen laut § 46 KO. eine sogenannte Ersatzaussonderung zugebilligt:

„Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist."

Wir sehen also: § 46 hat die Fälle im Auge, in denen der bisherige Anspruch des Aussonderungsberechtigten erloschen ist durch Veräußerung der Sache, auf die sein Anspruch gerichtet war. Die Veräußerung kann vertraglich abgemacht sein oder nicht; für die Anwendbarkeit der Regeln des § 46 ist dies ohne Bedeutung [159]). § 46 hat aber zur Voraussetzung, daß dem Aussonderungsberechtigten schon ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch gegen den Gemeinschuldner zustand. Diese Voraussetzung ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, der zu allgemein gehalten ist. Jaeger begründet diese allgemeine Ansicht aber folgendermaßen: Wenn auch aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 46 sich diese Auffassung nicht ergebe, so müsse man sie doch aus dem Zwecke des Gesetzes ableiten. Dieses könne nicht dem Schuldnervermögen eine außerhalb des Konkurses nicht bestehende Haftung aufbürden; lese man eine solche aus dem Gesetz, so wäre dies eine unbillige Begünstigung des betreffenden Gläubigers auf Kosten des Gemeinschuldners resp. der anderen Konkursgläubiger [160]). — Dieser Begründung ist zuzustimmen. Es liegt nicht im Wesen des Konkurses, neue Ansprüche zu schaffen.

Die Rechtslage für den aussonderungsbegehrenden Treugeber ist in unseren Fällen nicht einheitlich. Erfolgt die Ver-

[159]) So Jaeger Leitfaden S. 74 Anm. 4, RG. 94/25.
[160]) So Jaeger Komm. § 46/3, ebenso RG. 115/264. Grundlage dazu die Begründung des Entwurfs zur KO. (Hahn'sche Materialien zur KO. S. 183 Abs. 2).

äußerung laut Treuhandvertrag, so besteht für den Gegenwert des Treuguts auch die Bestimmung, daß der Treuhänder diesen dem Treugeber herausgeben soll. Beging der Treuhänder Treubruch, so hat der Treugeber einen Schadenersatzanspruch (evtl. auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung). Ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch des Treugebers besteht also immer, § 46 KO findet daher Anwendung.

Fällt andererseits der Treugeber in Konkurs, so besteht für die Fälle vertragsmäßiger Veräußerung des Treuguts durch den Treugeber (z. B. bei Warenlager) ebenfalls meist ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch aus dem Treuhandvertrag, der Treugeber soll den Gegenwert in das Treuhandverhältnis einbringen. Besteht eine solche Abmachung nicht, dann hat der Treuhänder auch außerhalb des Konkurses keinen Anspruch auf den Gegenwert. Bei unerlaubter und zugleich wirksamer Veräußerung des Treuguts steht dem Treuhänder wieder ein Schadenersatzanspruch gegen den Treugeber zu. § 46 KO. findet demnach auch im Treugeber-Konkurs Anwendung.

Die durch § 46 gewährte Ersatzaussonderung ist aber nur eine beschränkte. Sie hat zur Voraussetzung eine Veräußerung durch den Gemeinschuldner vor Konkurs oder durch den Verwalter nach Konkurs. Ob letzterer die Veräußerung absichtlich vornahm oder in Unwissenheit über die Eigenschaft des Treuguts, spielt für die Anwendbarkeit des § 46 keine Rolle; bürgerlich-rechtliche Ansprüche des Treugebers entstehen auf jeden Fall. Ein Unterschied in der Behandlung der einzelnen Fälle ergibt sich nur aus der Natur der Gegenleistung des Empfängers des Treuguts. Steht diese noch aus, dann hat der Aussonderungsfordernde einen Anspruch auf Abtretung des Rechtes auf die dem Gemeinschuldner zustehende Gegenleistung. Ist diese Gegenleistung vor Eröffnung des Verfahrens schon zum Schuldnervermögen gekommen, dann hat der Aussonderungsfordernde eine bloße Konkursforderung. Ist die Gegenleistung erst nach Eröffnung des Verfahrens zur Masse gelangt, und ist sie darin noch unterscheidbar (z. B. auf ein besonderes Konto gebucht, oder bei einer anderen Bank eingezahlt), so kann der Aussonderungsfordernde Ersatzaussonderung verlangen; ist sie nicht mehr unterscheidbar, dann hat er einen bloßen Masseanspruch nach § 59 Ziffer 1 oder 3 KO.[161]).

Ueber die Art der Gegenleistung muß noch einiges gesagt werden. Sie kann bestehen in Geld, in Tauschobjekten, ja bei

[161]) So auch RG. 41/3, 98/150, Jaeger Komm. § 59/12, § 46/17.

Einziehung fremder Forderungen in dem erlösten Betrag, der die Gegenleistung für die Befreiung von der Schuld darstellt (RG. 98/148). Der Unterschied vom Inkassogeschäft liegt in der Art des Anspruchs, dort aus Treuhandvertrag, hier aus Treubruch (auf Schadenersatz) herrührend. Es kann aber auch der Fall sein, daß gar keine Gegenleistung erfolgt (wie bei Schenkung, Zahlungsunfähigkeit des Dritten). In solchen Fällen bleibt der Anspruch des Aussonderungsfordernden eine bloße Konkursforderung.

Bei Untergang des Treuguts kommt im allgemeinen keine „Gegenleistung" in das Vermögen des Gemeinschuldners. Erfolgte der Untergang ohne Schuld des letzteren, dann besteht für den ehedem Aussonderungsberechtigten kein bürgerlichrechtlicher Anspruch mehr. Trug der Gemeinschuldner die Schuld am Untergang des Treuguts, dann entsteht wieder ein Schadenersatzanspruch des Geschädigten (Treugeber oder Treuhänder). Es ist nun denkbar, daß der Gemeinschuldner bei seinerseits unverschuldetem Untergang des Treuguts doch einen Ersatz durch einen daran schuldigen Dritten erhält. Dieser Ersatz stellt ein sogenanntes stellvertretendes Kommodum dar (§ 281 BGB.). Erfolgte nun der Untergang des Treuguts beim Treuhänder, so wird er laut § 275 BGB. von seiner Leistung frei. Aber wie auch sonst kann der Treugeber das Kommodum von ihm herausverlangen (§ 281 BGB). Nach Ansicht des Reichsgerichts gibt dieser Anspruch des Treugebers eine einfache Konkursforderung, die sich zu einem Masseanspruch nach § 59 Ziffer 2 KO. verdichten kann, wenn der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. in das Vertragsverhältnis eingetreten ist und darnach der Fall des § 281 eintritt[162]). Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Zwar bedeutet der Fall des § 281 keine dingliche Surrogation, obwohl der Anspruch auf das stellvertretende Kommodum auch auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Er muß vielmehr analog der vertraglichen Surrogation behandelt werden. Die gesetzliche Bestimmung ersetzt die vertragliche Abmachung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Das Kommodum verlangen, bedeutet lt. § 323 II BGB., daß der Gläubiger beim Vertrag verharren will, er muß daher seine Gegenleistung bewirken. Aus diesem Grund ist auch in unseren Fällen die Annahme gerechtfertigt, daß durch Geltendmachung des Anspruchs durch den Treugeber das Kommodum an Stelle des Treuguts in den Treuhandvertrag eingetreten ist. Dem Treugeber gebührt infolgedessen ein Aussonderungsrecht nach § 43

[162]) So RG. 97/22, Mentzel a. a. O. § 46 2 b

KO. für das Kommodum. Es wäre auch sehr unbillig, wenn sein Anspruch als bloße Konkursforderung bewertet würde und das Kommodum in die Konkursmasse fiele — es ist ja nur durch das Treugut in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt.

War das Treugut aber im Besitze des Treugebers, so steht der Schadenersatzanspruch gegen einen am Untergang schuldigen Dritten ohnehin dem Treuhänder als jetzigen Eigentümer des Treuguts zu. Schwierigkeiten ergeben sich daher nicht.

Als letzte Möglichkeit kann sich ergeben, daß das Treugut vom Staat enteignet wird. Die Entschädigung tritt aber nach den meisten landesrechtlichen Enteignungsgesetzen an die Stelle der enteigneten Sachen — und zwar kraft dinglicher Surrogation [163]).

Damit hätten wir die Fälle der Surrogation erledigt. Zugegeben sei, daß die Ergebnisse nicht immer billig und gerecht sind, besonders in den Fällen der Anwendung des § 46 KO. Dieser Paragraph ist keineswegs geschickt abgefaßt [164]). Man vergegenwärtige sich nur einmal, daß die Entstehung eines Ersatzaussonderungsanspruches des Berechtigten von der Saumseligkeit des Treuguterstehers bei Bewirken seiner Gegenleistung abhängig gemacht wird. Der § 46 KO. bedarf daher dringend einer Aenderung.

§ 10.

Behandlung von Ueberschüssen.

In diesem Abschnitt sollen nun noch diejenigen Fälle behandelt werden, in denen sich bei Veräußerung des Treuguts ein Ueberschuß über das Interesse des Treuhänders am Treugut ergibt. Aus der Natur der Sache heraus zeigt sich sofort, daß derartige Fälle nur bei der eigennützigen Treuhänderschaft vorkommen können, bei der wir dem Treugeber ein Aussonderungsrecht nur zusprachen, wenn er die durch die Sicherungsübereignung gesicherte Forderung des Treuhänders befriedigt.

Es kann nun der Fall sein, daß die gesicherte Forderung verfallen ist, der Treuhänder daraufhin sich aus dem Treugut befriedigt, also es veräußert, oder es auf die Forderung anrechnet. Dabei ergibt sich unter Umständen ein Ueberschuß über den geschuldeten Betrag hinaus. Bevor er diesen dem Treugeber

[163]) Ebenso Mentzel a. a. O. § 46 2 d.
[164]) Jaeger in JW. 19/107.

aushändigen kann, fällt er in Konkurs. Oder der Sicherungsnehmer begeht Treubruch, indem er vor Verfall der Forderung das Treugut veräußert, wobei ein Ueberschuß über seine Forderung verbleibt; vor Ablieferung fällt er in Konkurs. In beiden Fällen ist zu beachten, daß Teile des Treuguts nicht als Ueberschuß bezeichnet werden dürfen, sie fallen vielmehr kraft des Treuhandvertrags unter das Aussonderungsrecht des Treugebers. Ueberschuß im Sinne dieses Abschnittes ist lediglich der Teil des Erlöses aus der Veräußerung des Treuguts, auf den der Treuhänder keinen Anspruch hat.

Im ersten Falle ist der Erlös des verkauften Treuguts nicht als Surrogat anzusehen, er kann weder als dingliches noch als vertragliches Surrogat bezeichnet werden. Es muß immer festgehalten werden, daß der Grundsatz der Surrogation kein allgemein geltender ist, sondern nur auf Gesetz oder Parteivereinbarung beruht. Hier besteht aber keine solche, sondern nur eine Bestimmung, wonach der Treuhänder als Gläubiger sich bei Verfall der Forderung aus dem Treugut befriedigen darf. Der Treugeber hat daher bezüglich des Ueberschusses lediglich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, der nur eine einfache Konkursforderung gibt[165]).

Bei Treubruch war die gesicherte Forderung des Treuhänders noch nicht fällig, sie wird es auch nicht durch seinen Konkurs, außer wenn der Treugeber als Schuldner in ihr Fälligwerden einwilligt. Willigt er aber nicht ein, so müssen die allgemeinen Regeln für Treubruch zur Anwendung kommen. Nur wenn er einwilligt, wird die Frage nach der Behandlung des Ueberschusses akut, im anderen Falle kann er den ganzen Erlös des Treuguts nach den allgemeinen Regeln für den Treubruch verlangen. Erteilt er nun diese Einwilligung, so entsteht der Ueberschuß zwar erst nachträglich, da der Schuldner (Treugeber) jetzt erst in eine Aufrechnung einwilligt; der Anspruch des Treugebers auf den Ueberschuß bleibt aber gleicher Natur wie in den anderen Ueberschußfällen. Er kann daher auch nur als bloße Konkursforderung bewertet werden.

[165]) So auch Jaeger Leitfaden S. 72 Anm. 5.

III. Abschnitt.

Ausblick auf die Weiterentwicklung des Treuhandgeschäfts.

Wie schon mehrfach gesagt, ist die Entwicklung des Treuhandgeschäftes noch nicht abgeschlossen. Dies zeigen nicht nur die vielerlei Abweichungen der Schriftsteller untereinander bezüglich seiner Bewertung, sondern auch die mannigfaltigen Schwächen, die den Treuhandgeschäften noch anhaften.

Im folgenden soll nun auf mehrere Entwicklungsmöglichkeiten näher eingegangen werden, deren Einführung zugleich ein Ausmerzen von Gefahrenquellen zur Folge haben würde. Der eine Weg betrifft die Form des Abschlusses von Treuhandgeschäften im allgemeinen. Wie schon in § 4 festgestellt, bestehen zwei Möglichkeiten zum Abschluß von Treuhandgeschäften unter größeren Sicherungen für den Treuhänder: Die Benutzung der Resolutiv-Bedingung oder des Wartrechtes. Die resolutiv-bedingten Treuhandgeschäfte haben sich bisher noch nicht recht eingebürgert, ein wartrechtliches Treuhandgeschäft wurde m. W. überhaupt noch nicht abgeschlossen. Indessen steht die Möglichkeit derartiger Abschlüsse außer Zweifel. Ueber die Entwicklung des Wartrechts läßt sich bestimmtes noch nicht voraussagen. Im allgemeinen kann es ein bequemes Hilfsmittel zur Vermeidung stärkerer interner Rechtswirkungen bilden, während nach außen hin die gewollte Stärke erhalten bleibt. Angesichts der überaus vorsichtigen Bewertung des Wartrechts in der Literatur und der Unkenntnis der Wirtschaftskreise über seine Existenz wird indes dem Wartrecht m. E. vorerst nur eine geringe Entwicklung beschieden sein.

Anders liegen die Dinge für die Einführung der Resolutivbedingung. Fischbach a. a. O. S. 250 empfiehlt die Anwendung einer resolutiv-bedingten Eigentumsübertragung bei Treuhandgeschäften sehr warm. Das Publikum müsse unter Umständen durch Nichtgewähren von Aussonderung zu deren ständiger Vereinbarung erzogen werden. Er sieht freilich selbst ein, daß ein resolutiv-bedingtes Eigentum für Grundstücke nicht in Betracht kommen kann.

Die Anwendung der Resolutivbedingung bei Mobilien hat in der Tat viel für sich [166]). Zwar ist sie zur Verschaffung eines Aussonderungsrechtes für den Treugeber nicht notwendig (vergl. § 5 dieser Arbeit). Indessen ist die Rechtslage bei resolutiv-bedingtem Abschluß bei Treubruch, Tod, Arrest usw. für den Treugeber eine bessere, da das Eigentum bei Vereinbarung dieser Fälle als Bedingung eo ipso mit ihrem Eintritt an ihn zurückfällt, ein Verfolgen seiner Ansprüche daher einfacher wird. Aus diesen Gründen wäre die ständige Anwendung der Resolutiv-Bedingung zu begrüßen. Dagegen muß die Anwendung von Zwang zu ihrer Vereinbarung, wie Fischbach ihn empfiehlt, abgelehnt werden; es wäre unlogisch, wenn die Rechtspraxis aus pädagogischen Gründen ihre Bejahung der Aussonderung als solche (die Begründung ist, wie ausgeführt, aber unrichtig) aufgebe, ohne daß rechtliche Gründe dafür vorliegen.

Bei resolutiv-bedingten Treuhandgeschäften ist im Konkurs des Treuhänders dem Treugeber ohne besondere Begründung ein Aussonderungsrecht zu gewähren. Zwar tritt mit Eintritt des Konkurses ein Eigentumsrückfall an ihn nur ein, wenn der Konkurs als auflösende Bedingung ausdrücklich vereinbart war. Bei Vereinbarung erfolgt aber der Rückfall an den Treugeber. Eine Schwierigkeit ergibt sich scheinbar aus dem § 26 K.O. Dieser spricht von einer „Leistung" des anderen Teils. Hierunter ist nach herrschender Ansicht aber nur eine aus schuldrechtlichen Gründen bewirkte Leistung zu verstehen, nicht — wie bei uns — eine freiwillig erfolgte [167]). Der Treugeber kann also bei Vereinbarung der Konkursbedingung das Treugut als eine nicht mehr im Eigentum des Treuhänders stehende Sache aussondern.

Bei Grundstücken gibt es keine andere Sicherheitsmöglichkeit für den Treugeber als die Eintragung einer Vormerkung. Da eine solche auf Gewährung des Eigentums geht, ist der durch sie Geschützte aussonderungsberechtigt. [168]). Er kann daher vom Konkursverwalter Bewilligung seiner Wiedereintragung als Eigentümer beanspruchen.

Eine weitere Entwicklungsmöglichkeit, welche zugleich einen Krebsschaden heilen kann, bietet sich für die Sicherungsübereignung. Wie schon oben ausgeführt, ist die Sicherungsübereignung weder für den Gläubiger noch für den Schuldner eine ideale Lösung, da Schädigung durch Untreue leicht mög-

[166]) Jaeger im Komm. § 43 41 ist nicht mit ganzem Herzen beim bedingten Treuhandgeschäft
[167]) Jaeger Komm § 24/13, a. A. Staudinger Komm. III, 1 § 883 V, VI *b/β*, für Absonderung.
[168]) So Jaeger Komm. § 26/9, Schöny S. 346.

lich ist. Es ist daher des öfteren schon vorgeschlagen worden, für die Sicherungsübereignung eine allgemeine Registrierungspflicht einzuführen, ähnlich dem Grundbuchrecht oder Schiffspfandrecht — ohne den Kreis der Berechtigten einzuengen. Bonnet (a. a. O. S. 50) dagegen möchte die Sicherungsübereignung auf Vollkaufleute beschränkt haben. Auf diese Art könnten die zahllosen wirtschaftlich verfehlten Sicherungsübereignungen der kleinen Leute verhindert werden. Jäger [169]) hält eine Registrierung trotz der Gefahr von Schiebungen bei der Sicherungsübereignung für bedenklich. Auch über die Art der Registrierung bestehen Meinungverschiedenheiten. Dem Rechtsausschuß des Reichstags liegt zurzeit bereits ein Entwurf zur Einführung eines Registerpfandrechtes zur Beratung vor.

Die Einführung einer Registrierung ganz allgemein würde für die Gläubiger zweifellos einen bedeutenden Fortschritt bedeuten, da sie sonst gar nicht gegen unlautere Machenschaften des Schuldners gesichert sind. Für den Schuldner bedeutet sie ohne Zweifel eine Verschlechterung, würde doch durch ein Register allgemein seine prekäre Lage bekannt. Es ist sehr leicht möglich, daß man ihm bei Bekanntwerden Kredite kündigt und überhaupt Mißtrauen bekommt. Herold [170]) hält eine solche Verschlechterung nur für eine vorübergehende, bis sich das Geschäftsleben an die Registrierung gewöhnt habe. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann angezweifelt werden.

Ein gerechter Ausgleich für beide Intertessengruppen läßt sich kaum finden. Angesichts der immer größer werdenden allgemeinen Kreditwirtschaft erscheinen eher die Bedenken Jägers gegenüber dem zuversichtlichen Befürworten einer Registrierung gerechtfertigt. Die Verhältnisse liegen heute anders als vor dem Kriege. Man kann heute keinem Kaufmann aus der Aufnahme von Krediten unter Gewährung von Sicherheiten Vorwürfe machen, da das Betriebskapital meist zu klein ist. Ebenso bedürfen die sogenannten kleinen Leute dringend, daß man ihnen weiterhin gestattet, von ihren geringen Sicherungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Es geht nicht an, die kleinen Existenzen zugunsten der großen Unternehmungen zu vernichten. Der Vorschlag Bonnets muß daher abgelehnt werden.

Die bisher gemachten Vorschläge werden m. E. den Interessen des Schuldners nicht gerecht. Herold a. a. O. S. 1248 zum Beispiel empfiehlt ein Registerpfandrecht in folgender Form:

[169]) Leitfaden S. 78 Anm. 6.
[170]) DJZ. 1927/1246 ff.

Die Sicherungsübereignung selbst soll verboten werden unter Erweiterung des § 1505 BGB., indem neben der Verpfändung unter Besitzeinräumung noch eine solche durch Registrierung ohne Besitzübergang zugelassen wird. Weiterhin erörtert er die Möglichkeit, die Gültigkeit der Sicherungsübereignung von der Eintragung in ein Register abhängig zu machen (in diesem Falle fiele eine Erweiterung des § 1205 BGB. natürlich fort).

Beide Möglichkeiten bedeuten eine Zwangsregistrierung und müssen daher wegen Einseitigkeit abgelehnt werden. Eine gerechte Lösung kann m. E. allein die Einführung einer bloß fakultativen Registrierung der Sicherungsübereignung geben. Der Gläubiger kann dann selbst darüber bestimmen, ob die erfolgte Uebereignung eingetragen wird oder nicht. Damit sind alle Entwicklungsmöglichkeiten offen gelassen, besonders da es noch gar nicht feststeht, wie der Verkehr auf die Registrierung reagieren wird. Ein Gläubiger, der befürchtet, daß sein Schuldner das Treugut nochmals übereignen wird, kann nach dem hier gemachten Vorschlag diesen befürchteten Schaden durch Eintragung in das Register vermeiden. Der Schuldner andererseits hat das Mißtrauen sich selbst zuzuschreiben, er mag es, wenn er kann, zu zerstreuen suchen. So allein ist ein Interessenausgleich möglich. Eine Beschränkung der Registrierungsmöglichkeit andererseits auf „zweckverbundene Sachgesamtheiten", die Herold a. a. O. S. 1294 vorschlägt, liegt ebenfalls nicht im Interesse der kleinen Leute und muß daher abgelehnt werden.

Damit sei der Ausblick auf die Weiterentwicklung abgeschlossen. Das Treuhandgeschäft hat sich bisher ohne Hilfe des Gesetzgebers entwickelt und dabei im großen ganzen die durch die allgemeinen Grundgedanken unseres Rechts vorgeschriebenen Bahnen innegehalten. Eine derartige freie Entwicklung hat das eine für sich, daß im Laufe der Zeit sich die richtige, alle Interessen verhältnismäßig gleichmäßig berücksichtigende Form und Wirkung von selbst herauskristallisiert. Sollte nun für die Zukunft eine gesetzliche Regelung und Festlegung der Treuhandgeschäfte erfolgen, so muß gewünscht werden, daß die bisher eingeschlagene Richtung innegehalten wird und keine Regelung zugunsten einer einzelnen Wirtschaftsklasse sich durchsetzt.

Lebenslauf.

Am 31. August 1903 in Elberfeld als Sohn des Schneidermeisters Ewald Katzmann und seiner Ehefrau Gertrud geb. Stark geboren, besuchte ich der Regel entsprechend die Schule und verließ diese zu Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis des Städtischen Realgymnasiums zu Elberfeld. Sodann trat ich bei der Direktion der Discontogesellschaft, Filiale Elberfeld ein, um nach Beendigung einer zweijährigen Lehrzeit mit dem Studium der Rechtswissenschaften zu beginnen. Ich studierte vier Semester an der Universität Marburg und zwei Semester an der Universität Bonn und bestand am 20. Juni 1927 am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seitdem bin ich in Stuttgart als Steuersyndikus bei der Schwäbischen Treuhand-Aktiengesellschaft tätig. Am 7. Mai 1928 bestand ich die mündliche Doktor-Prüfung vor der Juristischen Fakultät der Universität Marburg mit dem Gesamtprädikat „cum laude".